Archiv für bürgerliches Recht

Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...

Bd. Apr 1895

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 12, 1895.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Landgericht I Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Gerichtsassessor und Privatdozenten an der Universität Berlin.

Achter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1894.

Digitized by Google

Rec. Mar. 12, 1875.

Verlags-Archiv 2188.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1. Zur Lehre vom Vertrage. Von Regierungsrath Dr. A. Affolter in Solothurn 1
2. Bemerkungen zum vorigen Aufsatze Affolters. Von J. Kohler . 49
3. Ueber die Form der Zeichnung des Vorstandes, insbesondere zur Auslegung des Artikels 229 Absatz 1 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs. Von Oberlandesgerichtsrath a. D. Hergenhahn (†) in Eisenach 56
4. Kommissionen, Komitees, Ausschüsse. Von Dr. jur. Krückmann in Göttingen 67
5. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts in systematischer Darstellung. Von Dr. Paul Oertmann 171
6. Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von J. Kohler 223
7. Civilistische Rundschau. Von Dr. Paul Oertmann 243
8. Die Börsen-Enquete. Eine Besprechung. Von V. Ring 278
9. Ueber §. 228 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, §. 223 der zweiten Lesung. Von O. Brachvogel, Landgerichtsrath in Zabern i. Elsaß 335
10. Das Preußische Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892 für das bürgerliche Recht. Vom Syndikus Dr. Karl Hilse in Berlin 347
11. Civilistische Rundschau. Von Dr. Paul Oertmann 358

Alphabetisches Sachregister 388
Literaturverzeichniß 394

Digitized by Google

1.

Zur Lehre vom Vertrage.

Von Dr. **A. Affolter** in Solothurn.

1.

Der Ausdruck „Vertrag" wird in der Rechtswissenschaft in umfassender Weise verwendet. Die neuere Theorie zieht denselben immer mehr zur Bezeichnung bestimmter juristischer Thatbestände heran. So wird z. B. heute ganz unbefangen die sachenrechtliche Tradition als Vertrag hingestellt (vergl. den Entwurf des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches).

Ob nun der häufige Gebrauch dieses Ausdruckes der Rechtswissenschaft Förderung angedeihen läßt, ist sehr fraglich. Die Tendenz ist wohl die, die Theorie des Rechts zu vereinfachen und die verschiedenartigen Erscheinungen auf einige wenige Rechtskategorien zurückzuführen. Es liegt dabei aber die Gefahr nahe, daß durch die allzugroße Verallgemeinerung der Begriffe dieselben sich verflachen. Entweder muß man den rechtlichen Thatbeständen Gewalt anthun, um sie in die Begriffsbestimmung des Vertrages hineinpressen zu können, oder aber man muß den Begriff des Vertrages ausdehnen, damit sich die verschiedenen rechtlichen Erscheinungen darauf zurückführen lassen.

Die herrschende Theorie bestimmt den Vertrag vorab als Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen. Um nun z. B. die Tradition als Vertrag hinstellen zu können, ist man genöthigt, in jeder Besitzesübergabe zwei Erklärungen zu sehen, obschon sich dieser Akt regelmäßig ohne dasjenige, was der gewöhnliche Sprachgebrauch Erklärungen nennt, abspielt. Man setzt sich aber sehr

Digitized by Google

leicht über diese Thatsachen hinweg, indem zu dem Hülfsmittel der stillschweigenden Erklärung Zuflucht genommen wird. Es ist m. E. ein für die Privatrechtswissenschaft verhängnißvoller Schritt gewesen, als man zur Fiktion der stillschweigenden Erklärung gegriffen hat. Diese Fiktion verbreitet ein mystisches Dunkel über die eigentlichen Elemente des Vertrages.

Wenn man einen Begriff des Vertrages aufstellen wollte, worunter alle die Erscheinungen sich einreihen lassen, welche die heutige Rechtswissenschaft als Verträge benennt, so könnte diese Begriffsbestimmung nur dahingehen: Vertrag ist derjenige Vorgang, welcher als bindendes Einverständniß zweier oder mehrerer Personen über den Eintritt bestimmter Folgen, womit sich das Recht befaßt, gedeutet werden kann. Bei dieser Begriffsbestimmung fehlt die Hervorhebung der Erklärung, eben weil diese nicht stets eintritt. Ein derartig weiter Begriff kann aber der Dogmatik kaum genügen und es mag nicht überflüssig sein, zu untersuchen, welche gemeinsamen und welche verschiedenen Elemente die einzelnen Vorgänge, die man als Verträge zusammenfaßt, aufweisen. Es lassen sich Rechtskategorien finden, die enger sind als der Vertragsbegriff, dafür aber ganz bestimmte Merkmale aufweisen und leicht erkennbar sind.[1]) Eine solche Untersuchung kann nur auf empirischen Wege geschehen. Die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung vermögen dabei wichtiges Material zu liefern, noch mehr aber ist es die Beobachtung des wirthschaftlichen Lebens selbst, welche den Stoff dargiebt.

2.

Der Zug geht in der neueren Theorie unverkennbar dahin, das früher unbeschränkt herrschende Willensdogma mehr und mehr einzuschränken. Man strebt dahin, das Schwergewicht auf die Erklärung statt auf den inneren Willen zu verlegen. Die Erklärungen liegen aber bei den verschiedenen Rechtsgeschäften nicht immer in der wünschbaren Klarheit vor, so daß es für den Richter im All-

[1]) Da es mir nur darauf ankam, diesen Gedanken zu verfolgen, so entbehrt die nachfolgende Darstellung ein näheres und kritisches Eingehen auf die Litteratur bei Fragen, die nur des Zusammenhangs wegen behandelt werden mußten.

Digitized by Google

gemeinen immer noch leichter ist, die eigentlichen, bloß innerlichen Intentionen der Parteien zu erforschen, als sich mit einer grammatischen und logischen Interpretation der oft sehr lücken- und mangelhaften Erklärungen abzugeben. Es ist gewiß das Natürlichste, daß das Recht auf den Willen und die Meinungen der Menschen mehr abstellt, als auf das rein Aeußerliche der Erklärung. Man muß aber zugeben, daß das Recht doch nicht allzusehr die Meinungen und Absichten der Menschen berücksichtigen kann, daß es eine gewisse Grenze geben muß, worüber hinaus die Macht der Intention versagt. Bei den Geschäften zwischen zwei und mehreren Personen, wobei Rücksicht nicht nur auf eine Meinung, sondern auf verschiedene Intentionen zu nehmen ist, muß das innere Willensgebiet in seiner Wirkung auf einen bestimmten Kreis zurückgeführt werden. Nur der Willensinhalt, welchen dieser Kreis umgrenzt, ist für das Recht von Bedeutung; was darüber hinausgeht, wird vom Rechte nicht beachtet; andererseits ist dieser Willensinhalt nothwendig. Die innere Uebereinstimmung der Parteien in diesem Umfange ist der genügende und nothwendige Konsens. Der Konsens ist etwas rein Innerliches, er bedeutet Uebereinstimmung der Intentionen und Meinungen, nicht Uebereinstimmung von äußeren Erklärungen. Allerdings muß dieser Konsens irgendwie zum Ausdrucke gelangen, damit ein Vertrag entsteht. Konsens und Vertrag sind nicht das Gleiche, das erstere ist vielmehr im letzteren inbegriffen.

Auch die Lehre ist nicht ganz zutreffend, daß der Wille beim Rechtsgeschäfte auch die rechtlichen Folgen des Geschäftes wolle oder wollen müsse. Die neueren Arbeiten von Bechmann, Kohler u. A. haben die früher unumstrittene Theorie des Rechtsfolgewillens stark erschüttert.

Die Frage geht dahin, ob die Rechtswirkungen von der Rechtsordnung nur deshalb und nur dann gewährt werden, weil und wenn sie vom Handelnden begehrt sind? In dieser Allgemeinheit ist die Frage zu verneinen. Nicht zu leugnen ist aber, daß der Unterschied, welcher zwischen rechtlichen Folgen ex voluntate einerseits und ex lege andererseits gemacht wird, seine Begründung hat und nicht wohl verwischt werden kann. Richtig ist ja, daß die Rechtswirkungen nur Folgen sind, welche das Recht an die Thatbestände knüpft, daß der Einzelne nur die Thatbestände hervorrufen

Digitized by Google

kann und die Rechtsordnung es ist, welche diesen Thatbeständen Wirkungen verleiht. Die Rechtsordnung nimmt aber im weitesten Maße Rücksicht auf den Parteiwillen. Weil die Parteien es so wollen, werden auch die Rechtswirkungen dementsprechend gestaltet. Es werden aber auf der anderen Seite von der Rechtsordnung bestimmte Folgen an Handlungen oder Thatsachen geknüpft, ohne daß in der Regel ein dahin zielender Wille der Handelnden vorliegt. Das Recht stellt sich hierbei mehr auf eigenen Boden, die Folgen werden so gestaltet, wie sie vom allgemeinen Standpunkte aus als recht und billig erscheinen. So beruht die Haftung des Verkäufers, des Miether und Mandatars nicht darauf, daß ein dahinzielender Wille der Parteien vermuthet wird. Es ist im Fernern unrichtig, die nach der Verkehrssitte, nach Treu und Glauben, nach der Billigkeit (equity) aufgestellten Rechtsfolgen einer Handlung auf den muthmaßlichen Willen der Parteien zurückzuführen. Der Richter urtheilt hier nach Rechtssätzen, nach ungeschriebenem aber dennoch geltendem Rechte.[2])

Die menschlichen Handlungen weisen folgende Momente auf: Wille, That, Erfolg. Der Erfolg steht mit dem Willen nur in einem mittelbaren Zusammenhange; er wird durch die That nach Naturgesetzen verursacht; nur die That können wir in unmittelbare Beziehung zum Willen setzen; der Wille verursacht die That. Der Erfolg ist Wirkung der That und kann gemäß Naturgesetzen wieder Ursache von Wirkungen sein.

Der Handelnde kennt die allgemeinen Grundsätze des Kausalgesetzes; er weiß deshalb auch mehr oder weniger bestimmt, welchen thatsächlichen Erfolg seine Handlung hat. Wenn er also den Eintritt eines bestimmten Erfolges wünscht, weiß er ganz gut, welche That er vollführen muß. Die That ist Ursache des Erfolges, entweder unmitelbar oder mittelbar dadurch, daß die That Wir-

[2]) Vgl. Kohler in Ihering's Jahrbüchern Bd. XXVIII S. 209 ff. Unrichtig ist die Annahme des früheren deutschen Reichsoberhandelsgerichtes und gegenwärtig auch des schweizerischen Bundesgerichtes, daß die Orts- und Handelsgebräuche einen stillschweigenden Bestandtheil der Willenserklärung bilden, „ihr Inhalt nur gelte, weil er gewollt ist". Diese Orts- und Handelsgebräuche sind vielmehr objektives Recht. Ihre Anwendung richtet sich nach Grundsätzen des internationalen Privatrechtes. Kohler a. a. O.

Digitized by Google

kungen hervorbringt, die Ursachen des Erfolges werden. Man sagt bei einer That um eines bestimmten Erfolges willen, der Erfolg sei gewollt. Richtigerweise ist aber der Ausdruck Wille nur auf die That zu beziehen, also auf die Muskelbewegung; statt Wollen des Erfolges sagt man zutreffender Begehren des Erfolges. Um einen begehrten Erfolg zu verursachen, sind häufig mehrere Thaten nothwendig, wovon die eine das Mittel ist, um die andere ausführen zu können, oder welche Thaten nebeneinander die Ursachen des Erfolges hervorbringen. Für jede einzelne That (bewußte Muskelbewegung) besteht ein Wille. Man hat in der Sprache auch Ausdrücke, um den Gesammtwillen auf sämmtliche Thaten, und damit auf die einzelnen Willen zu bezeichnen: Entschließung, Entschluß, Vorsatz u. s. w. Mit „Absicht" bezeichnet der Sprachgebrauch dagegen mehr das Begehren des Erfolges. Eine Sicherheit besteht aber in der Anwendung dieses Ausdruckes nicht. Erfolg ist diejenige Wirkung, weswegen die Muskelbewegungen vollführt werden. Der Erfolg ist begehrt. Begehrt sind auch alle gesetzten Ursachen des Erfolges; begehrt sind aber nicht die Wirkungen des Erfolges. Die vorausgesehenen Wirkungen des Erfolges sind nur entweder erwünscht oder unerwünscht.

Die Rechtsordnung knüpft ihre Folgen an bestimmt geartete Thatsachen und Thatbestände. Sie gleicht damit den Naturgesetzen, weil unter bestimmten Voraussetzungen immer die bestimmten Folgen eintreten. Das Rechtsgesetz hat praktisch die Bedeutung eines Naturgesetzes. Von diesem Gesichtspunkt lassen folgende drei Fälle sich unterscheiden.

1. Die rechtlichen Folgen sind die erwünschten oder auch nicht erwünschten Wirkungen des beabsichtigten Erfolges. Der begehrte Erfolg ist ein wirthschaftlicher, materieller. An die sich daran knüpfende Rechtswirkung wird dabei gar nicht gedacht oder es wird dieselbe als selbstverständlich eintretend angesehen. Allenfalls würde der Handelnde wünschen, daß der Rechtserfolg eintritt. Z. B. ich kaufe mir eine Sache; der Zweck, den ich verfolge, ist, die Sache zu haben, sie zu genießen, nicht, mir Eigenthum zu begründen; ich kaufe Cigarren, um sie zu rauchen, nicht um Eigenthümer zu werden, um mich an dem Gedanken zu weiden, rechtlich gesicherter Eigenthümer von Cigarren zu sein. Ich gebe mich als Bürge dar; ich

Digitized by Google

will durch eine Unterschrift Jemandem eine Gefälligkeit erweisen. Folge dieser Handlung ist, das ich rechtlich verhaftet werde. Nicht diese Rechtswirkung ist aber der begehrte Erfolg.

2. Zweck ist der juristische Erfolg, z. B. ich will mich in einem Lande einbürgern. Voraussetzung dazu ist Nachweis von Grundeigenthum. Ich will solches erwerben und kaufe Land. Der begehrte Erfolg ist hier die rechtliche Wirkung des Landkaufes: Grundeigenthum. Der Erwerb des Grundstückes ist zwar auch begehrt, aber bloß als Ursache einer Wirkung.

3. Der Wille geht auf Herbeiführung von rechtlichen Folgen als Ursachen des begehrten Erfolges, als Mittel zum Zwecke, so bei sämmtlichen Rechtsgeschäften, welche Formalitäten erfordern. Zweck ist z. B. bei der Testamentsabfassung, Jemandem nach dem Tode etwas zu hinterlassen; um dies sicher zu erreichen, wünscht man ein rechtsgültiges Testament zu machen; der Wille geht dabei auf Erfüllung der Formalitäten, diese letzteren sollen Ursache der rechtlichen Wirkung sein, die rechtliche Wirkung soll aber wieder als Ursache des begehrten Erfolges dienen. Die rechtlichen Folgen werden also in solchen Fällen zwar begehrt, aber nicht als eigentlicher Zweck, sondern nur als Mittel zum Zwecke. Wenn ich z. B. mir ein Grundpfand für eine Forderung geben lasse, so ist es meine Absicht, die rechtlichen Folgen in ihrem vollen Umfange durch Eintragung in die Grundbücher u. s. w. eintreten zu lassen, damit ich in den sicheren Genuß meines Pfandrechts gelange.[3]) Es kann

[3]) Zu den Fällen, wo rechtliche Folgen als Mittel zum Zwecke begehrt werden, gehört auch das sogenannte Umgehungsgeschäft. Man will dabei rechtliche Folgen herbeiführen, um sich einen bestimmten Erfolg zu sichern. Weil aber der gerade und natürliche Weg zu demselben den Parteien unbequem liegt oder verschlossen ist, so wählen sie einen Thatbestand aus, der leichter herzustellen und mit ähnlichen Rechtswirkungen ausgestattet ist, wie die gewünschten; der gewählte Thatbestand wird dann rein äußerlich hergestellt, um dritte Personen zu täuschen. Namentlich beliebt ist das constitutum possessorium, um die dem Pfandrechte ähnlichen Wirkungen hervorzubringen. — Das eigentliche Scheingeschäft verfolgt immer die Täuschung dritter Personen als Mittel der verschiedenartigsten Zwecke. — Die fiduziarischen Geschäfte (fiduziarische Eigenthumstradition, fiduziarische Cession und fiduziarisches Indossament) sind dem Umgehungsgeschäfte verwandt, nur werden hier die faktischen Wirkungen und damit die rechtlichen Folgen von den Parteien nicht gewollt,

Digitized by Google

natürlich auch vorkommen, daß selbst da, wo der begehrte Erfolg nur bei Beobachtung bestimmter Rechtsformen zu erwarten steht, die Absicht auf das Ziel lossteuert, ohne die rechtlichen Folgen als Ursache der Sicherung des Erfolges zu verfolgen. Es macht z. B. Jemand eine letztwillige Anordnung. Er weiß, daß seine Kinder dieselbe respektiren werden, und begnügt sich deshalb mit der formlosen eigenhändigen Niederschrift seines Willens. Es kann diese Anordnung rechtskräftig sein, ohne daß der Erblasser dies gewußt und begehrt hat.

3.

Wenden wir uns zum obligatorischen Vertrage, um die Frage zu untersuchen, ob derselbe aus bestimmten Elementen bestehe. Nehmen wir folgendes einfache Beispiel: A schreibt dem B: Ich zahle Ihnen 500 Franken für Ihr Pferd. B schreibt zurück: Angenommen.

Die Offerte kann als ein Versprechen bezeichnet werden; A verspricht dem B, 500 Franken für das Pferd zu geben. Die Auffassung der Offerte als Versprechen ist eine allgemeine. Bezeichnet doch auch §. 861 des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches die Offerte geradezu als ein Versprechen und in §. 862 den Vertrag als angenommenes Versprechen.

Das Versprechen des A geht dahin, dem B 500 Franken für das Pferd zu geben. Er verspricht also nicht 500 Franken, sondern 500 Franken für das Pferd. Er verspricht im Fernern nicht schlechthin 500 Franken für das Pferd zu geben, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Offerte angenommen und ein Gegenversprechen gemacht wird. B, der schreibt: „Angenommen", nimmt nicht nur das Versprechen des A an, sondern macht auch seinerseits ein Versprechen, das Pferd für 500 Franken zu geben.

---

wohl aber wird gewünscht, daß dritte Personen rechtliche Folgen annehmen und darauf bauen sollen. Z. B. soll beim fiduziarischen Indossamente durchaus nicht Eigenthum auf den Indossatar übergehen, wohl aber soll jeder andere, namentlich der Schuldner glauben oder zu glauben befugt werden, daß der Indossatar Eigenthümer und Forderungsberechtigter sei. In gleicher Weise verhält es sich auch bei Aktien, die an Strohmänner vertheilt werden, um das Stimmrecht in der Generalversammlung ausüben zu können.

Digitized by Google

Bei der Kenntnißnahme der Offerte faßt B den Entschluß, die 500 Franken sich nicht entgehen zu lassen; damit hat er das Versprechen acceptirt; er muß aber noch die vom Offerenten gesetzte Voraussetzung erfüllen, nämlich das Gegenversprechen machen. Dieses letztere liegt in dem Worte: „Angenommen". Das Gegenversprechen des B wird auch von A acceptirt durch den bei Lesung des Briefes auftretenden Entschluß, den B bei seinem „Angenommen" zu behaften. Es fragt sich, ob der Offerent, den inzwischen das Geschäft reut, durch Verweigerung der Annahme des Gegenversprechens die Voraussetzung seines Versprechens und damit dieses selbst zu zerstören vermöge. Es würde die Bejahung dieser Frage wohl unzweifelhaft gegen Treue und Glauben verstoßen. Der Offerent hat ein Versprechen gemacht unter einer Voraussetzung; das Versprechen wird angenommen und die Voraussetzung erfüllt. Für den Offerenten liegt deshalb eine natürliche Pflicht vor, das Gegenversprechen anzunehmen, und sofern er dies dennoch nicht thut, wird das Fehlen des Annahmewillens nicht beachtet, das heißt die Berufung darauf, daß der Annahmewillen des Versprechenden fehle, wird durch den Hinweis des Oblaten auf die bona fides des Verkehrs paralysirt.

Das Versprechen ist Erklärung, die Annahme rein psychischer Akt. Bis zur Annahme des Versprechens kann dasselbe zurückgezogen werden; denn durch die einseitige Erklärung entsteht noch keine Verpflichtung. Da die Annahme in dem rein innerlichen Entschlusse besteht, so wird dieselbe regelmäßig eintreten in dem Zeitpunkte, wo der Adressat von dem Versprechen Kenntniß nimmt. Bis zur Kenntnißnahme von dem Versprechen kann deshalb aus allgemein logischen Gründen der Versprechende jedenfalls sein Versprechen zurückziehen; ebenso kann das Gegenversprechen von diesem allgemeinen Standpunkte aus so lange noch zurückgezogen werden, als es nicht zur Kenntniß von A gelangt ist.[4])

[4]) Aus natürlichen Gründen wäre die Ansicht gerechtfertigt, daß der Offerent seine Offerte zurückziehen darf, bis der Oblat sich entschlossen hat, von der Offerte Gebrauch zu machen. Da der Zeitpunkt dieses rein innerlichen Momentes nicht genau festgestellt werden kann — er kann schon im Momente der Kenntnißnahme von der Offerte auftreten oder auch erst einige Zeit später sich ereignen — so wäre, zunächst vom praktischen Standpunkte aus, die

Digitized by Google

Wir haben als ein Element des Vertrages das Versprechen und seine Annahme[5]) gefunden.

Es giebt drei Arten von Versprechen:

1. Das einfache Versprechen, das uns namentlich in dem Schenkungsversprechen und in der Bürgschaft entgegentritt. Hier wird nicht für Etwas versprochen und auch ein Gegenversprechen nicht zur Voraussetzung gemacht. Dieses Versprechen begründet durch die einfache Annahme, also durch den rein innerlichen Annahmeentschluß des Adressaten, eine Verpflichtung. Eine Erklärung des letzteren ist nicht nothwendig, da er kein Gegenversprechen zu machen hat. Mit der bewußten Entgegennahme der Bürgschafts=erklärung oder des =scheines oder der Schenkungserklärung oder =urkunde ist demnach die Verpflichtung des Bürgen oder des Schenkers perfekt.

Theorie zu empfehlen, daß die Offerte zurückgezogen werden könne, bis der Oblat von derselben Kenntniß genommen hat. Da aber die Feststellung auch dieses Zeitpunktes in der Praxis Schwierigkeiten verursachen würde, so ist die Lösung in Art. 320 des deutschen Handelsgesetzbuches begreiflich.

Der Oblat kann bei einer Offerte, die ein Gegenversprechen zur Voraussetzung hat, sich nicht nur mit dem einfachen Entschlusse, von der Offerte Gebrauch zu machen, begnügen; denn der Offerent hat die Gegenverpflichtung zur Voraussetzung seiner Verpflichtung gemacht. Das Gegenversprechen muß deshalb in angemessener Frist erfolgen, d. h. kurz nach der (innerlichen) Annahme. Die Mittheilung von der Annahme ist, sofern die Offerte unter der Voraussetzung eines Gegenversprechens gemacht ist, zugleich Gegenversprechen. Auch diese Mittheilung kann zurückgezogen werden bis zur Annahme, bezw. bis zur Kenntnißnahme, bezw. bis zum Empfange derselben seitens des Offerenten.

[5]) Es ist von mehreren Schriftstellern die Ansicht ausgesprochen worden, daß das Versprechen unter Umständen auch ohne Annahme verpflichtend wirke. Ich halte diese Ansicht aus logischen Gründen für unhaltbar. Wo bloß ein einseitiges Versprechen ohne Annahme Verpflichtungen erzeugt, wie bei der pollicitatio, dem Versprechen mit justa causa zu Gunsten einer Gemeinde, dem votum und der sogenannten Auslobung liegt der Rechtsgedanke der Haftung in der Erwägung, daß zwar kein acceptirtes Versprechen, aber immerhin ein Thatbestand vorliegt, welcher der besonderen Umstände wegen (justa causa, frommer Zweck, Aufmunterung zu einer wünschbaren That) die Anknüpfung einer Verpflichtung rechtfertigt. Nicht in dem Gedanken, daß ein einseitiges Versprechen ohne Annahme verbindlich sein könne, sondern in der Würdigung des mit einem solchen Versprechen verbundenen weiteren Thatbestandes liegt der Grund der Haftung. Die letztere ist eine solche ex lege.

Digitized by Google

2. Das einfache Versprechen, ein Geschäft, wobei beide Theile Leistungen zu machen haben, zu bestimmten Bedingungen abschließen zu wollen. Es kann dabei das Versprechen näher präzisirt sein in der Weise, daß es zu geschehen hat, wenn darnach innerhalb einer bestimmten Frist das Verlangen gestellt wird. Z. B. A sagt: ich gebe dir 500 Franken für das Pferd und halte dieses Angebot bis 1. Oktober aufrecht. Hier verspricht A ohne daß ein Gegenversprechen zur Voraussetzung gemacht wird; er verspricht, zu einem bestimmten Preise innerhalb einer bestimmten Frist zu kaufen. Dieses Versprechen kann von B acceptirt werden, ohne daß er sich dabei irgendwie seinerseits verpflichtet; deshalb wird auch regelmäßig die Annahme eintreten. Die Gebundenheit an eine für eine bestimmte Zeitdauer ausgesprochene Offerte ist nur so zu erklären, daß wir hier das acceptirte Versprechen eines Geschäftes ohne Voraussetzung des Gegenversprechens haben. Solche Verhältnisse können häufig eintreten. Ich verpflichte mich z. B. einer Person gegenüber, eine Sache zu dem und dem Preise bis zu einem bestimmten Zeitpunkte bereit zu halten. Ich bin gebunden, die andere Person nicht.

3. Das Versprechen um Etwas unter der Voraussetzung eines korrespondirenden Gegenversprechens. Es ist dies der Fall, von dem wir ausgegangen sind. Der Offerent will an seine Offerte nur gebunden sein, wenn der andere Theil ebenfalls verspricht. Wir haben deshalb folgende Reihenfolge: Versprechen — Annahme und Gegenversprechen — Annahme des Gegenversprechens.[6])

[6]) Das Versprechen unter der Voraussetzung, daß sich auch der Adressat durch ein Gegenversprechen binde, ist, näher untersucht, ein bedingtes Versprechen. Versprochen wird, zu versprechen, wenn der Andere auch verspricht. Im gewählten Beispiele will A versprechen, 500 Fr. für das Pferd zu versprechen, wenn B ebenfalls verspricht, das Pferd für 500 Fr. zu nehmen. Die versprochene Leistung des A besteht also aus einem Versprechen. Dadurch, daß nun B seinerseits verspricht, das Pferd für 500 Fr. zu geben, ist die Bedingung erfüllt, und es müßte nun A folgerichtig sein gegebenes Versprechen, zu versprechen, erfüllen. Es ist dies aber nicht nöthig; denn wenn Jemand verpflichtet ist, sich zu etwas zu verpflichten, so ist es, gestützt auf die bona fides des Verkehrs, gerade so anzusehen, als ob er direkt verpflichtet sei. — Das Versprechen in der Voraussetzung des Gegenversprechens ist das Gewöhnliche. Dieser Fall ist auch von den Fällen des einfachen Versprechens, sowie desjenigen einfachen Versprechens, ein Geschäft abschließen zu wollen, leicht zu unterscheiden.

Digitized by Google

4.

Wir können namentlich bei dem Vertragsabschlusse unter Anwesenden zwei Stadien beobachten, welche der Werdegang des Vertrages aufweist. Zuerst wird man sich über die beiderseitigen Absichten und Meinungen aufklären, sich gegenseitig zu beeinflussen suchen, bis sich allmählich der Konsens ausbildet; dann bedarf der Konsens nur noch des bindenden Ausdruckes und der Vertrag ist da. Wer hat nicht etwa schon einen Bauer und einen Viehhändler beobachtet beim Verkaufe eines Stückes Vieh. Reden und Gegenreden; auf einmal ein kräftiger Handschlag. Dieser Handschlag ist der bindende Ausdruck des Konsenses. Die geschehenen Reden und Gegenreden sind die Vorbereitungshandlungen, sie sollen über die beiderseitigen Absichten und Gegenabsichten aufklären, den Konsens vorbereiten und herbeiführen, sie sind vorbereitende Nebenhandlungen, nicht das Versprechen selbst. Das Versprechen und Gegenversprechen liegt in unserm Beispiele vielmehr im Handschlage. Der Handschlag ist hier eine Zeichensprache, er ist die Erklärung: ich verspreche es so, wie wir es nun gegenseitig in Folge unserer Besprechung meinen Der Handschlag als Erklärung nimmt also Bezug auf die übereinstimmenden Absichten und Meinungen, macht sie zu ihrem Inhalte. Ich habe die vorausgehenden Besprechungen zur Herbeiführung eines Konsenses bereits früher[7]) Beredung genannt. Die Beredung ist nicht juristisches Thatbestandsmoment, sondern nur vorbereitende Handlung.

Der bindende Ausdruck des Konsenses geschieht auch häufig durch Unterschrift.

Wir können zwei Fälle des Verhältnisses der Beredung zum bindenden Ausdrucke unterscheiden. 1. Beides ist in einer Erklärung vereinigt, so namentlich bei Verträgen unter Abwesenden. Man giebt hier möglichst klar seine Absichten und Meinungen kund mit dem bindenden Ausdrucke. 2. Beredung und bindende Ausdrücke bilden ein genau unterscheidbares Nacheinander; der bindende Ausdruck ist dann ganz kurz.

Das bindende Versprechen oder der bindende Ausdruck muß für den andern Theil erkennbar sein. So ist auch das Haftgeld ein Ausdruck unzweideutiger Zusage. Bei der Zusage liegt es

[7]) Archiv für Bürgerliches Recht Bd. VI S. 286 ff.

Digitized by Google

namentlich in dem Tone, womit die Worte gesprochen werden. Ich kann z. B. während der Beredung das Wort „Gut" oder „Also" gebrauchen im Tone und in der Bedeutung etwa von: Nun weiter! Also was weiter! Das Wort „Gut" oder „Also" vermag aber ganz wohl der bindende Ausdruck zu sein. Man darf wohl hier das triviale Sprüchwort anwenden: C'est le ton, qui fait la musique.

Betrachten wir die psychischen Seiten des Versprechens bezw. des bindenden Ausdruckes. Der Wille des Erklärenden geht dahin, bei seinem Gegenüber den Eindruck zu erwecken, daß es ihm ernst sei, das Versprechen zu halten, seinerseits zu erfüllen. Die Erklärung ist also Mittel zum Zwecke. Der Inhalt der Erklärung besagt, man wolle das thun oder unterlassen. Dabei herrscht bei der Ernstlichkeit des Versprechens die Empfindung, daß man sich durch die Erklärung binde. Die Empfindung ist Wirkung des Rechtsgefühles oder des moralischen Bewußtseins, also nicht ein willkürliches Meinen. Diese rein psychische Erscheinung ist das Kriterium der Ernstlichkeit der Erklärung; sie ist objektiver Natur, unabhängig von der Willkür des Erklärenden; sie fehlt bei Geistesgestörten oder Kindern, bei Lehrbeispielen, Simulationen, Scherzen. Auf diese Empfindung kann natürlich nur geschlossen werden. Naimentlich ist es die Grenze zwischen Scherz und Ernst, welche oft schwierig zu erfassen ist. Während bei der Ernstlichkeit der Wille des Erklärenden dahin geht, möglichst unzweideutig beim Gegenüber den Eindruck des Ernstgemeinten zu erwecken, ist beim Scherz dieser Wille und damit die Empfindung nicht vorhanden. Würde der Scherzende bemerken, daß er beim Gegenüber die Annahme erwecke, daß die Erklärung ernstlich gemeint sei, so wäre das Rechtsgefühl bezw. das moralische Gefühl sofort wach, das die Empfindung der Gebundenheit entstehen läßt und nur sich beruhigt, wenn der andere Theil sofort aufgeklärt und zufrieden gestellt wird. Das Gefühl der Gebundenheit, die Reaktion des Rechtsgefühles, tritt namentlich ein auf die Vorstellung und das Wissen hin, daß der andere Theil die Erklärung als ernstlich auffasse, in Treu und Glauben darauf baue, den Erklärenden beim Worte nehme. Es wird auch als möglich gehalten,[8]) daß man ein Versprechen giebt, nicht, um sich dem

[8]) Kohler a. a. O. S. 241 ff.

Digitized by Google

Gegenüber, sondern nur vor seinem Gewissen zu binden. Es kann dies vorkommen bei rein liberalen Erklärungen, die nicht darauf berechnet sind, daß der Adressat sich bei seinen zukünftigen wirthschaftlichen Vorkehren darauf stütze, darauf verlasse. Wir haben dann aber kein eigentliches Versprechen, sondern bloß die Mittheilung eines Entschlusses, dessen freie Aenderung sich der Erklärende vorbehält.

Die Empfindung der Gebundenheit ist natürlich eine bewußte, d. h. von Vorstellungen darüber begleitete. Diese Vorstellungen brauchen nicht solche der genau umgrenzten juristischen Haftung zu sein, sie sind in der Regel nur Vorstellungen, daß es recht sei, das Versprechen zu halten. Es ist aber dies die gleiche Anschauung, die auch im objektiven positiven Rechte zum Grund- und Rechtssatz geworden ist.

Das Versprechen sagt aus, man wolle das und das leisten. Es ist wohl unzweifelhaft, daß die Rechtsordnung diesen Willen auch als im Innern vorhanden voraussetzt. Nicht nur weil erklärt wird, man wolle, sondern weil zugleich auch der Wille dazu vorhanden ist, respektirt die Rechtsordnung das Versprechen. Es würde nun aber zu praktisch unhaltbaren Resultaten führen, wenn der Mangel des inneren Willens oder der gegentheilige Wille das Versprechen unwirksam machen würde. Deshalb hört das Recht auf eine solche Behauptung nicht, und zwar aus dem einzigen Grunde, weil sie gegen Treu und Glauben des Verkehrs verstößt; eine Berufung darauf, daß man das nicht gewollt habe, was man als vorhandenen Willen erklärt, ist ein Akt der Immoralität, wird durch die auf Treu und Glauben sich stützende Replik entkräftet; der Mangel des Willens wird durch einen Grundsatz des Rechts paralysirt. Ich glaube deshalb, daß die Unwirksamkeit der reservatio mentalis einzig auf dem Gedanken beruht, daß ein solcher Einwand gegen die bona fides des Verkehrs verstößt. Niemand soll seine bewußt abgegebenen Worte zu seinem Vortheile als Lüge taxiren dürfen. Die Anrufung der bona fides findet natürlich nicht statt, wenn dieses Fehlen des Willens auf beiderseitigem Einverständnisse beruht, also im Falle der eigentlichen Simulation. Warum aber bei der Trauung die Parteien sich auch nicht auf die Simulation berufen können, beruht auf der einfachen Erwägung, daß die moderne

Digitized by Google

Civiltrauung ein öffentlich-rechtlicher Akt ist, der, wenn er auch als Vertrag taxirt werden kann, doch nicht ein privates Verhältniß zwischen den Brautleuten begründet, sondern ein Verhältniß zur Gesellschaft und zu den öffentlichen Behörden.[9]) Diesen letzteren gegenüber wird der Mangel des Willens oder der gegentheilige Wille durch die Grundsätze der publica fides paralysirt, die Berufung auf die Simulation wird von den Behörden nicht gehört; die Ehegatten mögen sich unter sich auf die Simulation berufen, was die Erfüllung ehelicher Pflichten anbetrifft; gegenüber der betheiligten Oeffentlichkeit wird diese Berufung entkräftet. Auf dem gleichen Grundgedanken beruht auch Art. 16 des schweizerischen Obligationenrechts: „Dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Schuldbekenntniß besitzt, kann der Schuldner nicht die Einrede der Simulation entgegensetzen." Sobald ein Geschäft seine Wirkungen auch Dritten gegenüber haben kann, wie die Schaffung einer Schuldurkunde (im Hinblick auf die mögliche Cession), stehen dem nicht wissenden und zum Mangel des Willens nicht einwilligenden Dritten die Grundsätze von Treu und Glauben, der bona fides des Verkehrs, zur Seite.

5.

Das Versprechen kann ein bedingtes sein. Man unterscheidet bei den Rechtsgeschäften aufschiebende und auflösende Bedingungen. Betrachten wir zuerst die Suspensivbedingung in ihrem Verhältniß zum Versprechen.

Die Bedingung wie die Befristung ist nach richtiger Auffassung Eigenschaftsbestimmung des Versprochenen, der Leistung. Wie die Leistung nach ihren übrigen Eigenschaften näher bestimmt wird, z. B. wie und wo sie vorzunehmen ist, so bezieht sich die Befristung auf das Wann der Leistung und die Bedingung auf die Möglichkeit, auf das Ob. Nicht das Versprechen, nicht die Verpflichtung sind also in ihrer rechtlichen Wirkung suspendirt, sondern die Leistung, wofür die Verpflichtung besteht, erhält eine nähere Bestimmung, Beschreibung. Bedingungen und Befristungen sind im Versprechen selbst angegebene Eigenschaften, welche sich auf den

[9]) Vgl. die Ausführungen Kohler's über die Simulationsehe a. a. O. S. 178 ff.

Digitized by Google

Eintritt oder selbst die Möglichkeit der Leistung beziehen. Die suspensive Bedingung ist eine Beschreibung, welche die Leistung nur als eine mögliche, als eine unter bestimmten Umständen zu erfolgende hinstellt.

Was die Resolutivbedingung anbetrifft, so ist es logisch nicht möglich, daß ein Versprechen unter einer solchen abgegeben werden kann.

Möglich ist es allerdings, daß, wenn andauernde Leistungen versprochen werden, die Aufhebung dieses Zustandes bestimmt wird, z. B. ich verspreche dir die Benutzung meines Hauses bis zur Verheirathung meines Sohnes; ich verpflichte mich als Buchhalter jedenfalls aber nur solange, als mein Bruder kein eigenes Geschäft eröffnet. Die Dauer der Leistung wird hier von dem Eintritte eines Umstandes abhängig gemacht; die Leistung erhält eine Eigenschaft in Bezug auf ihre Beendigung. Gleich verhält es sich mit der Befristung andauernder Leistungen.

Nicht konstruirbar ist jedoch das Versprechen, daß nach Vollzug der Leistung in ihrer Totalität eine Wiederherstellung des früheren Zustandes, eine Restitution eintreten soll. Die Restitution kann nur auf einem Gegenversprechen des Empfängers beruhen, und dieses Gegenversprechen ist suspensiv bedingt.[10])

Das Versprechen geschieht gewöhnlich zu Gunsten des Adressaten. Das Versprochene kann aber auch einen Vortheil für einen Anderen als den Adressaten bedeuten, ohne daß sich dadurch die juristische Struktur des Versprechens und seiner Annahme, d. h. des obligatorischen Vertrages ändert. Dadurch, daß die Leistung an einen Dritten, zu Gunsten eines Dritten geschehen soll, erhält bloß die Leistung eine bestimmte Färbung, eine Eigenschaft, eine Beschreibung des Wo und an wen. Das Vertragsverhältniß, und damit das Rechtsverhältniß, besteht dabei bloß zwischen den Parteien; der Dritte, zu dessen Gunsten die Leistung erfolgen soll, steht dabei

[10]) Wenn z. B. ein Kauf über eine Kuh in der Weise abgeschlossen wird, daß, wenn die Kuh nicht so und so viel Milch liefere, der Kauf aufgehoben sein solle, so liegt nicht ein resolutiv bedingtes Versprechen des Käufers, sondern ein besonderes suspensiv bedingtes Versprechen des Verkäufers vor, die Kuh beim Eintritte der Bedingung um den gezahlten Preis wieder zurückzunehmen.

Digitized by Google

außerhalb jeder rechtlichen Beziehung. Das Versprechen der Leistung zu Gunsten eines Dritten ist durchaus nicht zugleich Versprechen an den Dritten (wie z. B. das schweizerische Obligationenrecht das Verhältniß auffaßt). Der Dritte kann den Verpflichteten nicht sich gegenüber gebunden werden lassen dadurch, daß er Annahme der Verpflichtung seinerseits erklärt. Es kann deshalb nur die Vertragspartei, nicht der Dritte auf Erfüllung klagen. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn das Versprechen zu Gunsten des Dritten darin besteht, dem Dritten gegenüber zu versprechen; wenn dieses Versprechen geschieht, dann kann der Dritte durch seine Annahme den Versprechenden sich gegenüber binden.

Nicht ein Versprechen zu Gunsten eines Dritten ist es, wenn zu Gunsten der Erben des Adressaten versprochen wird. Hier wird zu eigenem Gunsten stipulirt, bezw. zu Gunsten des durch die hereditas jacens und die Erben fortzusetzenden eigenen Rechtssubjektes.

6.

Nach der Beredung kann statt einer Erklärung ein Realakt, nämlich die Leistung selbst als bindender Ausdruck des Konsenses erfolgen. Statt sich zuerst durch das Versprechen zu binden, vollführt man geradewegs. Zwei Personen handeln z. B. um einen Gegenstand. Nach längeren Hin- und Herreden zieht der als Käufer Auftretende seinen Geldbeutel heraus und zahlt, oder der Verkäufer nimmt den Gegenstand und reicht ihn dem Käufer hin. Diese Handlungen können mit Worten begleitet sein; diese Worte sind aber nicht Versprechen, nicht Erklärungen, welche zum juristischen Thatbestande gehören. Juristisches Thatbestandsmoment ist der Realakt, er ist der bindende Ausdruck des Konsenses, die Erklärungen sind nur Hülfsmittel, vorbereitende und begleitende Handlungen zur Herstellung des Konsenses und Erläuterungen der Bedeutung des Realaktes. Der Realakt selbst ist nicht Erklärung oder sogenannte stillschweigende Erklärung. Der Wille ist dabei nicht auf eine Mittheilung gerichtet, sondern auf die Vornahme der Leistung.

Der Realakt enthält oft zugleich Bewegungen und Zeichen, welche Mittheilungen, Willenserklärungen sind. Diese Bewegungen oder Zeichen gehören aber nicht als Erklärung zum juristischen

Digitized by Google

Thatbestande, sondern sind ebenfalls Hülfshandlungen zur Hervorrufung des Konsenses oder Annahmeentschlusses.

Der Empfänger der Leistung verpflichtet sich durch deren Annahme. Die Annahme ist bindender Ausdruck des hergestellten Konsenses. Die Annahme geschieht mit der unwillkürlichen Empfindung, daß man sich dadurch zu der im Konsense vorgesehenen, also vom Leistenden erwarteten Gegenleistung verpflichte. Die Annahme sollte auch mit dem Willen geschehen, die gemeinten Gegenleistungen zu vollführen, doch wird auch hier wieder der Mangel dieses Willens durch die Grundsätze der bona fides, paralysirt. Die bewußte Annahme begründet gemäß der Rechtsordnung die Verpflichtung, die Gegenleistung in der im Konsense vorgesehenen Weise zu vollführen.[11]) Die Annahme ist ebenso wenig Erklärung wie die Leistung; sie ist ebenfalls Realakt; man will nicht erklären, wenn man annimmt, sondern man will sich der Leistung bemächtigen. Freilich kann die Annahme von Worten begleitet sein. Aber auch diese Erklärungen gehören nicht zum juristischen Thatbestande. So stellt sich der ganze Vorgang als zwei Realakte dar, die zusammen den sogenannten Realkontrakt bilden. Der Realkontrakt wird vorbereitet und begleitet von Erklärungen; diese letzteren bilden aber nicht Momente im juristischen Thatbestande.

Der Realkontrakt kommt sehr häufig vor. Der Kauf, die Miethe, das Darleihen, das Depositum, die Pfanddargabe, die Leihe u. s. w. spielen sich im täglichen Leben gewöhnlich als Realkontrakte ab.

Wenn der Realakt der Leistung als äußere Handlung dem inneren Konsense nicht entspricht, z. B. wenn eine Geldleistung in falscher Münze geschieht, wenn die geleistete Sache innere Mängel aufweist u. s. w., so bleibt doch immerhin der bindende Ausdruck des Konsenses bestehen und der Realkontrakt ist zu Stande gekommen. Der Empfänger ist zur Gegenleistung verpflichtet, sobald die nachträglich gültige Leistung angeboten wird. Es fragt sich, ob

[11]) Die für den Empfänger erkennbare Absicht des Leistenden (vgl. das legem dicere) bildet somit die eigentliche Umgrenzung des Konsenses; der Empfänger kann sich nicht auf ein Nichteinverständniß berufen. Die Berufung auf ein bewußtes Nichteiniggehen mit den erkannten Absichten des Leistenden wird entkräftet durch den Hinweis auf die bona fides des Verkehrs.

Digitized by Google

auch der Leistende verpflichtet sei, bei unrichtiger Leistung nachträglich richtig zu leisten. Dafür spricht, daß der Realakt bindender Ausdruck des Konsenses ist. So gut der Empfänger durch die Annahme verpflichtet wird, so gut ist auch der Leistende durch die Leistung verpflichtet worden, daß seine Leistung eine konsensgemäße sei. Es scheint aber, daß das römische Recht nicht auf diesem Standpunkte stand, wenigstens ist erwiesen, daß bei den Innominatkontrakten sogar eine Reueklage des Leistenden zulässig war. Nur soviel geht aus den Quellen hervor, daß der Empfänger nicht vorher zur Gegenleistung angehalten werden konnte, als bevor der Leistende nachträglich richtig leistete. Daraus erhellt eine Verpflichtung für den Annehmenden, nicht aber für den Leistenden einer unrichtigen Leistung. Ich halte aber vom logischen Standpunkte aus die Annahme für richtig, daß durch den Realakt des zuerst Leistenden für diesen nicht nur ein Anspruch entsteht, sondern auch eine Verpflichtung. Was das Darleihen anbetrifft, so kann deshalb der Empfänger falscher Münzen den Darleiher zur Lieferung richtigen Geldes anhalten, sofern die Dargabe des falschen Geldes als bindender Ausdruck des hergestellten Konsenses geschah.

Mit dem Realakte kann sich aber auch das Element des Versprechens verbinden und zwar tritt gewöhnlich das einfache Versprechen auf. So kann sich z. B. mit dem Realkontrakte des Darleihens ein Zinsversprechen des Leihers vereinigen, mit dem Realkontrakte des Käufers ein Garantieversprechen (dicta et promissa) ꝛc.

Die gleichen Elemente wie der Realkontrakt weist auch die Zahlung auf. Die Hingabe für Zahlung ist ein Realakt, ebenso die Annahme. Weder die Hingabe noch die Annahme ist Willenserklärung, wohl aber können diese Akte von Erklärungen begleitet sein. Auch die Zahlung setzt einen Konsens voraus, beim Schuldner Wille, seine Verpflichtung zu erfüllen, beim Gläubiger Wille, sich mit der Zahlung für seine Forderung zu befriedigen. Beim Gläubiger würde ebenfalls ein allfällig vorhandener entgegengesetzter Wille durch die Berufung auf Treu und Glauben entkräftet. Die den Realakt der Hingabe und der Annahme begleitenden Erklärungen sind Hülfshandlungen zur Herstellung des Konsenses. Es kann die Handlung der Hingabe oder Annahme Beides, den Realakt und

Digitized by Google

die Erklärung verbinden. Die Auseinanderhaltung von Beidem, die besondere Abhebung der Erklärung ist dabei nicht schwierig. Ich will z. B. mein Bier bezahlen: ich klopfe mit dem Geldstück an mein leeres Glas (Erklärung, ich will mich entfernen und vorher zahlen) und reiche dem hereintretenden Kellner mit Hinweis auf mein Glas das Geld. Der Hinweis auf das Glas ist die Erklärung, das in dem Glase enthaltene Bier bezahlen zu wollen. Der Hinweis auf das leere Glas meines Nachbars ist die Erklärung, auch das vom letzteren getrunkene Bier bezahlen zu wollen. Die Aufhebung z. B. von drei Fingern beim Hinlegen des Geldes bedeutet, daß ich drei Glas Bier getrunken und so viel bezahlen wolle. Alle diese Erklärungen gehören nicht zum juristischen Thatbestande der Zahlung, sondern sind Hülfsmittel zur Herstellung des Konsenses. Auch die Annahme kann solche Zeichen enthalten, welche sich als Erklärungen zur Herstellung des Konsenses qualifiziren. Der Kellner, dem ich bezahle, hebt z. B. bei der Entgegennahme des Geldes zwei Finger auf zum Zeichen, daß er die Zahlung von zwei Glas Bier erwarte u. s. w.

7.

Betrachten wir den Konsensualvertrag eines Versprechens mit Gegenversprechen in seinen Beziehungen zu den Elementen des Realkontraktes.

Nehmen wir dabei als Beispiel den zwischen A und B abgeschlossenen Kaufvertrag über das Pferd. Durch das acceptirte Versprechen und Gegenversprechen werden A und B verpflichtet. Die schwierige Frage liegt darin, worin die Verpflichtungen, bezw. die gegenseitigen Ansprüche bestehen. Auf den ersten Blick sollte man meinen, die Verpflichtung des A bestehe darin, 500 Franken zu zahlen, die Verpflichtung des B, das Pferd zu liefern. So sagt zum Beispiel auch Artikel 229 des Schweizerischen Obligationenrechts: „Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Gegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben und der Käufer, dem Verkäufer den verabredeten Preis zu bezahlen.“ Aehnlich auch der deutsche Entwurf. Es liegen genügend Gründe für die Annahme vor, daß auch das römische Recht das Verhältniß speziell beim Kaufe so auffaßte, weil anders

Digitized by Google

sich die Grundsätze desselben betreffend die Haftung für den zufälligen Untergang der Waare nicht erklären ließen. Wenn wir den Parteiwillen zum Ausgangspunkte nehmen, so läßt sich aber der Inhalt der Verpflichtungen nur so feststellen: A ist verpflichtet für das Pferd 500 Franken zu bezahlen, B ist verpflichtet, das Pferd für 500 Franken zu geben. A wollte nicht sich verpflichten 500 Franken zu zahlen und B nicht das Pferd versprechen, sondern jeder Theil will seine Leistung nur für die Gegenleistung machen. A kann deshalb nicht zur Zahlung von 500 Franken sondern nur zur Erlegung von 500 Franken für das Pferd angehalten werden. B kann nur belangt werden, den Kaufgegenstand gegen Bezahlung zu geben. Dieses Verhältniß ändert sich auch nicht, wenn die Reihenfolge der Leistungen fixirt ist. Hat A voraus zu bezahlen, so zahlt er nicht eine Schuld schlechtwegs, sondern er zahlt für den Kaufgegenstand. Hat B voraus zu liefern, so liefert er doch nur um des Preises willen. Die beidseitigen Verpflichtungen sind keine einfachen, zu zahlen und zu geben, sondern sie bestehen darin zu kaufen und zu verkaufen. (Diese Ausdrücke im wirthschaftlichen Sinne genommen, d. h. in der Bedeutung von eine Sache gegen Geld umsetzen.) Erst wenn der eine Theil seine Leistung gemacht hat, entsteht für den andern Theil die einfache Verpflichtung, zu zahlen oder zu geben. Die Verpflichtung ändert also ihren Inhalt oder es tritt vielmehr eine neue Verpflichtung an die Stelle der alten. Die alte Verpflichtung hört durch die Erfüllung auf und die neue entsteht in Folge eines neuen Thatbestandes. Wenn A das Pferd annimmt, so erfüllt er seine Verpflichtung, das Pferd gegen Geld zu nehmen; ebenso erfüllt B auch gleichzeitig seine Verpflichtung, das Pferd zu verkaufen. Beide Verpflichtungen sind erloschen. Durch die Annahme des Kaufgegenstandes entsteht die neue Verpflichtung, zu zahlen. Die Annahme des Kaufpreises begründet die Verpflichtung, zu geben. Die früheren Verpflichtungen, zu kaufen und zu verkaufen hören auf, sie werden ersetzt durch die Verpflichtungen, zu geben oder zu zahlen. Die Verpflichtungen, zu zahlen und zu geben entstehen nur durch den Realkontrakt. Auf den Konsensualvertrag folgt also noch der Realvertrag. Die Effektuirung des gegenseitigen Konsensualvertrages geschieht durch die Elemente des Realkontraktes. Das gleiche Verhältniß sehen wir

Digitized by Google

auch bei der Miethe und beim Darleihen. Der Miethvertrag als Konsensualvertrag ist Vorvertrag zum Realkontrakte der Miethe; die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses schlechthin entsteht durch die reale Leistung des Vermiethers; die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darleihens entsteht durch den Empfang des Geldes u. s. w.

Es verräth also eine völlig unrichtige Auffassung, wenn man behauptet, die Realkontrakte des römischen Rechts könnten heutzutage als Konsensualverträge abgeschlossen werden. Der Realkontrakt ist nicht umzubringen, er ist eine gegebene Größe; er beruht nicht auf einer willkürlichen Anordnung, auf einem gesetzgeberischen Gedanken, sondern er ist ein objektives, logisches, absolutes Grundelement, das zu allen Zeiten und überall, wo Menschen waren und sind, besteht. Nach dem Gesagten läßt sich das Verhältniß des sogenannten Vorvertrages zum eigentlichen Vertrage leicht feststellen. Der Konsensualvertrag z. B. des Kaufes, der Miethe, des Darleihens ꝛc. ist immer Vorvertrag zum Realkontrakte; es werden durch den Konsensualvertrag nur die Verpflichtungen begründet zu kaufen und zu verkaufen, zu miethen und zu vermiethen, Geld zu entleihen und Geld darzuleihen ꝛc. Es ist natürlich auch möglich, zu dem Konsensualvertrage als Vorvertrag einen Vorvertrag abzuschließen, z. B. der Vertrag einen Kauf-, Mieth- ꝛc. Vertrag (als Konsensualvertrag) abzuschließen u. s. w.

8.

Ein besonderes Rechtselement stellt der Auftrag dar. Er unterscheidet sich vom Versprechen. Der Erklärende will durch das Mittel der Erklärung den Adressaten veranlassen, eine Thätigkeit, die der Erklärende will, zu vollführen. Das Mandat ist Voraussetzung einer Thätigkeit und enthält kein Versprechen. Der Mandant ist verpflichtet, dem Beauftragten die Auslagen ꝛc. zu ersetzen, nicht weil er es versprochen, sondern weil er die Auslagen ꝛc. durch seinen Willensakt verursacht hat. Das Mandat kann aber von einem Versprechen, z. B. auf Honorirung der Dienste begleitet sein. Beim Auftrag ist, wie beim einfachen Versprechen der bloße Annahmewille d. h. hier der Wille, den Auftrag auszuführen, genügend. Eine Erklärung des Beauftragten, daß er den Auftrag ausführen

Digitized by Google

werde, ist nur Mittheilung von der bereits geschehenen Annahme desselben. Wäre aber diese Mittheilung falsch, hätte der Beauftragte den Willen nicht gehabt, den Auftrag zu übernehmen, so könnte seine Berufung darauf, daß seine Erklärung Lüge war, mit dem Hinweis auf die bona fides des Verkehrs zurückgewiesen werden. Die Mittheilung davon, daß der Auftrag übernommen worden sei, kann ein Erforderniß der Sitte und des Anstandes sein, ein Erforderniß des Rechts ist sie nicht, eine Verpflichtung würde dazu dann gesetzlich ausgesprochen. Häufig wird der zu Beauftragende zuerst angefragt, ob er den Auftrag ausführen wolle. Wird die Anfrage bejaht, so liegt ein Versprechen vor, den Auftrag zu übernehmen; es besteht dann eine Verpflichtung zur Uebernahme, was rechtlich gleichviel bedeutet, wie wenn der Auftrag übernommen ist.[12])

Das Rechtselement des übernommenen Auftrages kann für sich als Vertrag dastehen, gleich wie das acceptirte einfache Versprechen. Das Element des Auftrages kann aber auch mit dem Elemente des Versprechens zusammenspielen, so namentlich beim Dienstvertrag, überhaupt bei Anstellungsverhältnissen.

Das Rechtselement des Auftrages kann ebenfalls wie der Konsensualvertrag einen Realkontrakt einleiten. Ich bestelle z. B. bei einem Händler eine Mille Cigarren zu 100 Franken. Diese Bestellung ist, näher betrachtet, Auftrag, mir Cigarren gegen Zahlung zu senden. Der Händler wird die Bestellung einfach effektuiren, d. h. er entschließt sich den Auftrag anzunehmen und führt ihn auch aus. Ich muß die Cigarren annehmen, nicht weil ich es versprochen, sondern weil ich die Sendung befohlen habe, ich bin als Mandant zur Annahme verpflichtet. Nehme ich an, so ist ein Realkontrakt geschlossen; zur Bezahlung bin ich dann nicht aus dem Mandat, sondern aus dem Realkontrakte des Empfanges der Waare verpflichtet. Ich bestelle in einem Hotel ein Zimmer. Ich

[12]) Der Annahmeentschluß des Beauftragten tritt gewöhnlich dadurch zu Tage, daß er die Thätigkeit, wozu er beauftragt wurde, beginnt. In diesen Ausführungshandlungen kann aber nicht eine Erklärung gefunden werden. Abgesehen davon, daß diese Handlungen, vorläufig wenigstens, gar nicht zur Kenntniß des Mandanten kommen, fehlt jeder Wille des Mandatars, mit seiner Thätigkeit eine Mittheilung zu machen, eine Erklärung eintreten zu lassen.

Digitized by Google

hafte als Mandant für den Schaden des Wirthes,[13]) wenn ich das Zimmer nicht beziehe; beziehe ich es, so hafte ich aber für die Bezahlung nicht als Mandant sondern aus der locatio conductio als Realkontrakt.

9.

Als ein weiteres rechtliches Element des Vertrages ist der Verzicht zu nennen. Wir behandeln hier den Verzicht auf Forderungen. Der Verzicht ist eine Erklärung, daß man sich eines Forderungsrechtes begebe, daß man den Verpflichteten von seiner Schuld entbinde.

Der Verzicht muß vom Schuldner angenommen sein. Dies wird von einigen Schriftstellern bestritten. Es ist hier nicht der Ort, mich auf die Gründe für und wider einzulassen; ich glaube es sei ein Postulat, sowohl des Rechtsgefühles, als auch der Rechtslogik, daß die bloß einseitige Erklärung, ohne Einwilligung des andern Theils keine Wirkung für letztern haben könne.

Die Annahme des Verzichtes ist jedoch ein rein psychischer Akt, es ist der Wille des Schuldners, sich die Vortheile, welche der Verzicht gewährt, gefallen zu lassen. Eine Erklärung des den Verzicht annehmenden Schuldners ist bloß Mittheilung von dem stattgefundenen Entschlusse. Da die Annahme eines Verzichtes eine bloß innerliche Thatsache ist, so ist ein Zweifel anzunehmen, daß sie bereits im Momente geschehen sei, wo der Schuldner von der Verzichterklärung Kenntniß erhalten hat.

---

[13]) Im Gegensatz zum Versprechen kann der Auftrag jederzeit zurückgenommen werden. Dieser Widerruf begründet die Verpflichtung, den Beauftragten schadlos zu halten. Der Hotelbesitzer kann jedenfalls die Vergütung der Auslagen resp. der Mühewaltung verlangen, welche er in Folge Bereitstellung des Zimmers gehabt hat und welche er nicht gehabt hätte, wenn der Auftrag nicht erfolgt wäre. Falls der Hotelbesitzer das Zimmer zur festgesetzten Zeit an Gäste hätte abgeben können, so fragt es sich, ob er diese Gäste nicht in anderen Zimmern hätte unterbringen können, oder ob er sie hat abweisen müssen, entweder weil das ganze übrige Haus besetzt war oder weil die Gäste gerade dieses Zimmer haben wollten. Im Falle, daß er die Gäste hat fortweisen müssen, so kann er den Ersatz des Schadens, den er durch diese Abweisung erlitten, vom Besteller einfordern, jedenfalls aber nicht mehr, als er von diesem (der vielleicht z. B. als Stammgast Vorzugspreise hat) verdient hätte.

Digitized by Google

Der Verzicht kann unter der Voraussetzung geschehen, daß vom Schuldner ein Versprechen erfolgt, z. B. ich verzichte auf diese Forderung, wenn du das und das versprichst.

Häufig ist auch dasjenige, was man als Verzicht ansieht, nur das Versprechen eines Verzichtes. Der Verzicht ist dann Leistung. Dies ist der Fall bei suspensiv bedingtem Verzichte. Versprochen wird hierbei die Leistung des Verzichtes, wenn der und der Umstand eintrete. Tritt er ein, so hat der Verzicht zu erfolgen. Es ist aber nicht nothwendig, daß nun der Verzicht thatsächlich erfolgt; nach den Grundsätzen der exceptio doli ist der Forderungsanspruch kraftlos geworden; er erlischt ope exceptionis.

Einen resolutiv bedingten Verzicht in dem Sinne, daß der Verzicht aufhören und die frühere Forderung wieder aufleben solle beim Eintritte des Umstandes, giebt es nicht. Ein derartiges Geschäft könnte lediglich auf dem suspensiv bedingten Versprechen des Schuldners beruhen, beim Eintritte des Umstandes wieder leisten zu wollen.

10.

Versprechen, Auftrag und Verzicht sind die Elemente des obligatorischen Vertrages. Der Vertrag kann nur aus einem Versprechen, einem Auftrage oder Verzichte bestehen. Gewöhnlich haben wir die Elemente aber kombinirt. Instruktiv ist in dieser Beziehung die Analyse größerer Mieth-, Pacht-, Dienst- und Werkverträge ꝛc. Alle diese, häufig sehr umfangreichen Verträge lassen sich in die angegebenen Elemente zerlegen. Gewöhnlich findet der bindende Ausdruck solcher größeren und umfangreicheren Verträge durch Unterschrift unter dem geschriebenen Vertrag statt.

Die einzelnen Elemente eines Vertrages stehen dabei in einem innigen Zusammenhange, d. h. das einzelne Element, z. B. ein Versprechen, ein Verzicht, ein Auftrag, die Uebernahme eines Auftrages ꝛc. geschah unter der Voraussetzung, daß auf der andern Seite ebenfalls ein Versprechen, ein Verzicht ꝛc. erfolgte. Möglicherweise ist aber der Zusammenhang einzelner Elemente nicht ein so inniger, sondern ein loserer. Es ist dann Sache der Interpretation zu untersuchen, in welchem Umfange und in welcher Tiefe ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Elementen besteht, ob z. B.

Digitized by Google

wenn ein einzelnes Versprechen wegen verschuldeter oder unverschuldeter Nichterfüllung dahin fällt, wenn ein Verzicht sich als ungültig erweist ꝛc., auch die übrigen Elemente oder nur einige derselben unwirksam werden. Es ist hier auf den muthmaßlichen Willen der Parteien abzustellen, zu prüfen, ob z. B. ein Versprechen nur unter der Bedingung zugesichert worden ist, daß ein Gegenversprechen erfolgt und effektuirt wird u. s. w.

11.

Die Uebergabe und Uebernahme einer Sache zu vollem Genusse, die sogenannte Tradition beruht auf einem Einverständnisse des Tradenten und Empfängers und wird deshalb häufig als Vertrag bezeichnet

Viele Schriftsteller und mehrere Civilgesetze unterscheiden zwischen Besitzestradition und Eigenthumstradition. Bei ersterer sei ein Wille, Eigenthum zu übergeben entweder gar nicht vorhanden oder doch wirkungslos, während bei der Eigenthumstradition der Wille auf Uebertragung und Erwerb des Eigenthums gerichtet sei. Dies ist unrichtig. Die Besitzesübergabe, d. h. die Uebergabe und der Empfang der Sache zu vollem wirthschaftlichen Genusse und die Uebergabe, welche beim Empfänger Eigenthum begründen soll, unterscheiden sich bezüglich des nothwendigen Thatbestandes nicht. Bei der Tradition, welche Eigenthum für den Empfänger begründet, liegt gewöhnlich beim Tradenten und Empfänger die Vorstellung vor, daß Eigenthum übergehe; diese Vorstellung kann aber fehlen und trotzdem geht Eigenthum über. Wenn ich glaube, eine in meinem Besitze befindliche Sache gehöre mir nicht, während sie mir gehört, so ist dieser Glaube ganz unschädlich bei dieser Besitzesübergabe; der Empfänger erhält Eigenthum, wenn auch er selbst annahm, die Sache gehöre dem Veräußerer nicht. Zum juristischen Thatbestande des Eigenthumsüberganges gehört (abgesehen von der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit) nur: Eigenthum beim Tradenten, Wille desselben die Sache zu vollem Genusse zu übertragen, Uebergabe, Wille des Empfängers, die Sache zu vollem Genusse zu erwerben, Empfang der Sache. Zum Thatbestande der Besitzesübergabe (Wille die Sache zu vollem Genusse zu übertragen, Uebergabe, Wille des Empfängers, die Sache zu vollem Genusse zu

Digitized by Google

erwerben, Empfang der Sache) muß also, damit Eigenthum übergehe, die Thatsache hinzutreten, daß der Veräußerer Eigenthümer und dispositionsberechtigt ist, eine Thatsache, die völlig objektiver Natur, vom Willen des Veräußerers unabhängig ist. Hinzutreten kann die Vorstellung, der Wunsch oder das Begehren, daß durch die Besitzesübergabe Eigenthum begründet werde, diese Vorstellungen und Wünsche sind aber völlig unerheblicher Natur. Es giebt also juristisch keinen Unterschied zwischen der Eigenthums- und Besitzestradition; nur erfordert der Thatbestand des Eigenthumsüberganges eine juristische Thatsache mehr.

Der Wille die Sache zu vollem Genusse zu übergeben kann nach psychologischer Erfahrung nie ohne Zweck auftreten. Die durch diesen Willen verfolgten Zwecke nennt man causae traditionis, es sind: Schenkungszweck (causa donandi), Verpflichtungszweck (causa obligandi) und Erfüllungszweck (causa solvendi). Außer diesen drei regelmäßigen Gründen kann es noch andere geben z. B. Zweck eine Bedingung zu erfüllen (condicionis implendae causa), eine Mitgift zu geben, eine Bestechung vorzunehmen ꝛc. Zur causa solvendi rechne ich auch den Fall, wo Jemand infolge eines Auftrages einem Dritten eine Sache übergiebt.

Ohne eine solche causa ist ein Wille, die Sache zu vollem Genusse zu geben, psychologisch unmöglich, nur aus der causa geht dieser Wille hervor. Die causa ist der Zweck des Uebertragungswillens, ohne Zweck kein Uebertragungswille beim geistig gesunden Menschen. Die Uebertragung ist immer Mittel zum Zwecke. Der Wille ist zuerst auf den Zweck gerichtet und wegen dieses Zweckes, zur Herbeiführung desselben, tritt der Wille, zu vollem Genusse zu übertragen, auf.

Es frägt sich auf der andern Seite, ob trotz causa, der Tradent sich auf den Mangel des Willens, zu vollem Genusse zu übergeben, berufen könne. Es ist wohl zweifellos, daß diese Berufung im Hinblick auf die Grundsätze von Treu nnd Glauben unwirksam gemacht wird.

Der Wille, die Sache zu übergeben, ist Wille, gerichtet auf einen Realakt, nicht darauf, eine Mittheilung zu machen. Die Uebergabe der Sache ist also nicht Willenserklärung, kann aber von einer solchen begleitet sein. Diese Willenserklärung ist dann aber

Digitized by Google

blos eine Neben- und Hülfshandlung, die zum juristischen Thatbestande der Tradition nicht gehört. Sie hat gewöhnlich den Zweck, beim Empfänger die Vorstellungen zu erwecken, daß nun die Tradition erfolge; sie hat auch häufig nur die Bedeutung, der Höflichkeit Genüge zu leisten. Die Tradition setzt also zwar ein Einverständniß, einen Konsens voraus, entbehrt aber der Willenserklärungen. Nicht nur aus diesem Grunde, sondern auch deshalb, weil durch die Bezeichnung der Tradition als Vertrag für die richtige Erkenntniß derselben gar nichts gewonnen wird, ist es nicht zu empfehlen, von einem Vertrage zu sprechen.

Der Wille, die Sache einem Andern zu vollem Genusse zu übergeben, ist von der Vorstellung begleitet, daß die Sache zuerst aus dem eigenen Genusse gebracht werden müsse um in den Genuß des Empfängers zu gelangen. Die Ausführung des Uebertragungswillens beginnt also mit einem Willensakte, welcher darauf gerichtet ist, die Sache aus dem bisherigen Zugehörigkeitsverhältniß heraus zu bringen, sich der Sache zu entledigen. Dieser Entledigungswille ist der gleiche, wie derjenige bei der Dereliktion. Die Tradition ist also psychologisch und faktisch eine Dereliktion, zu dem Zwecke, daß eine bestimmte Person occupirt. Die Tradition bedeutet für den Tradenten Besitzverlust und für den Empfänger Besitzerwerb. War der Veräußerer Eigenthümer, so hört deshalb mit dem Besitzverlust sein Eigenthum auf und wird für den Besitzerwerber neu begründet. Es hört für den Tradenten auch auf, wenn der Empfänger aus einem nur ihn betreffenden Fehler (z. B. Wahnsinnes) nicht Besitzer geworden ist.[14]) Der Tradent verliert sein Eigenthum nur dann nicht, wenn infolge Irrthumes ꝛc. der Uebertragungswille kein wirksamer war.[15])

---

[14]) L. 18 § 1 D. de acqu. vel amitt. poss. 41. 2 (Celsus). Dagegen spricht nicht l. 34 pr. eod. (Ulpian): nec amittet, qui quadammodo sub condicione recessit de possessione, weil in diesem Falle von einem Irrthum die Rede ist, der nicht nur den Empfänger, sondern auch den Tradenten berührt und somit die Tradition für beide Theile unwirksam macht.

[15]) Ulpian bemerkt in l. 18 pr. D. de rebus cred. (12, 1), daß, wenn Jemand geschenktes Geld quasi mutuam annimmt, daß Eigenthum der Geldstücke nicht übergehe. Dagegen entscheidet Julian l. 36 D de acqu. r. dom. (41, 1) den ähnlichen Fall so, daß Eigenthum übergehe. Die erste Stelle ist auf einen

Digitized by Google

Inwieweit der gute Glaube des Empfängers die Mängel des Thatbestandes ersetzen kann, wollen wir hier nicht näher erörtern.

12.

Der Empfang der Sache bei der Besitzestradition geschieht in einer egoistischen Absicht. Der Erwerber will den vollen wirthschaftlichen Genuß an der Sache haben; sein Wille schließt Ansprüche anderer Personen, welche den egoistischen Genuß aufheben würden, aus. Auf der andern Seite ist der Uebertragungswille des Veräußerers dahin gerichtet, den wirthschaftlichen Genuß der Sache von sich abzuwenden, alle Fäden, welche gleichsam noch die Sache mit seiner Person verbinden, abzuschneiden. Man nennt den Willen des Empfängers Besitzeswille und verlangt von ihm, daß er auf das Haben der Sache gerichtet sei; den Willen des Veräußerers kann man entsprechend als Besitzentäußerungswillen bezeichnen.

Die Uebergabe einer Sache kann aber auch ohne den eigentlichen Besitzentäußerungswillen beim Uebergeber und den eigentlichen Besitzeswillen beim Empfänger geschehen. Der Wille des Uebergebers geht z. B. bloß dahin, die Sache zur zeitweisen Aufbewahrung oder zum Gebrauche zu überlassen, ohne sich der Sache zu entledigen. Der Wille des Empfängers geht dahin, die Sache zu gebrauchen und zu benutzen, ohne dieselbe als seinige zu betrachten, ohne eigennützige Absichten auf dieselbe zu haben. Durch eine solche Uebergabe geht der Besitz für den Uebergeber nicht verloren und deshalb auch nicht das Eigenthum; der Empfänger erwirbt nicht den Besitz und kann deshalb nicht Eigenthümer werden. Man bezeichnet das Verhältniß, in welchem der Empfänger einer Sache unter diesen Umständen zu derselben steht, mit Detention oder Gewahrsam. Der Empfänger wird Detentor oder Gewahrsamsinhaber der Sache, deren Besitz (im juristischen Sinne) beim Uebergeber bleibt.

---

beiderseitigen Irrthum zurückzuführen; der Empfänger glaubt, das Geld sei ihm als Darlehen gegeben worden. Die zweite Stelle setzt meines Erachtens einen Irrthum nicht voraus; der Empfänger weiß ganz genau, daß eine Schenkung gemacht werden will, faßt aber den Entschluß, das Empfangene später wieder zurückzuerstatten und inzwischen als Darlehen zu behalten.

Digitized by Google

Die Uebergabe zur Detention, die Begründung des Detentionsverhältnisses beruht ebenfalls wie die Besitzestradition auf einem bezüglichen Einverständnisse beider Theile; es ist ein bestimmter Konsens erforderlich, weshalb man auch diesen Vorgang mit Vertrag bezeichnen könnte. Aber auch hier ist mit der Benennung Vertrag nichts für die Erkenntniß gewonnen, weshalb die Verwendung dieses Ausdruckes nicht zu billigen ist.

Die Uebergabe- und Empfangshandlungen bei der Detentionsbegründung sind nicht Erklärungen; auch hier ist der Wille nicht auf eine Mittheilung gerichtet; es ist aber gewöhnlich, daß diese Handlungen mit Worten oder Zeichen begleitet werden, welche Erklärungen sind, aber nicht zum juristischen Thatbestande gehören, sondern nur Hülfsmittel sind zur Herbeiführung des nothwendigen Konsenses.

Die Uebergabe zur Detention hat, wie die Besitzestradition ihre nothwendige causa, das heißt einen Zweck, welcher mit der Detentionsbegründung erreicht werden soll. Als solche Gründe können wir ebenfalls anführen: die obligandi causa, z. B. bei Begründung des Realkontraktes der Miethe und der unentgeltlichen Leihe ꝛc., die solvendi causa, wenn eine Verpflichtung zur Detentionsübergabe vorhanden ist.

Der Konsens der Detentionsübergabe kann dadurch bedroht sein, daß der Empfänger eine eigennützige Absicht hat und die Sache für sich behalten will. Diese egoistische Absicht kann nun aber durch das obligatorische Verhältniß, welches durch den Realkontrakt der Detentionsübergabe begründet wird (Miethe, Leihe, Aufbewahrung ꝛc.), paralysirt werden. Die Behauptung des Empfängers, daß er die Sache mit dem Besitzeswillen entgegen genommen habe, wird entkräftet durch den Hinweis darauf, daß die causa des Geschäftes nach den Grundsätzen von Treu und Glauben das Auftreten des Besitzeswillens nicht gestatte und daß deshalb ein solcher Wille unwirksam sei. Die causa der Uebergabe hindert also zwar nicht den Besitzeswillen selbst, wohl aber die Erheblichkeit desselben. Es fällt deshalb nicht auf, wenn neuerlich behauptet wird, die subjektive Seite bei der Tradition, der Wille des Empfängers sei von keiner Bedeutung; das Recht knüpft den Uebergang des Besitzes oder der Detention an rein objektive Thatsachen. Diese Theorie ist aber doch nicht zutreffend. Der Unterschied von

Digitized by Google

Besitzes- und Detentionswillen besteht psychologisch und rechtlich, wenn auch unter gewissen Verhältnissen objektiver Natur dasjenige, was über den Detentionswillen hinausgeht, rechtlich unerheblich ist.

Auf dem Grundsatze der Paralysation eines über den Detentionswillen hinausgehenden Willens gestützt auf das Vorhandensein eines obligatorischen Rechtsverhältnisses beruht auch das sog. constitutum possessorium.

13.

Neben der Besitzestradition, das heißt der Begründung des vollen und ganzen Besitzes an der Sache und abgesehen von der Detentionsübergabe giebt es noch abgeschwächte Besitzestraditionen.

Die Uebergabe einer Sache als Pfand ist eine abgeschwächte Besitzestradition, nicht etwa nur eine Detentionsübergabe; denn der Empfänger hat egoistische Absichten auf die Sache; er faßt zwar nur eine wirthschaftliche Seite derselben ins Auge, den möglichen Marktpreis; auf den Genuß des Habens und des Gebrauches der Sache ist sein Wille nicht gerichtet; gerade diejenigen Eigenschaften der Sache, welche ihre Individualität ausmachen, sind für den Empfänger nicht Gegenstand eigennütziger Absichten; es entsteht deshalb ein Besitz an der Sache nicht ihrer Individualität nach, sondern nur in Bezug auf die Eigenschaft des Marktwerthes der Sache. Der eigentliche Besitz, der die Individualität der Sache umfaßt, bleibt beim Verpfänder. Für die Differenz zwischen dem vollen Besitze und dem Pfandbesitze ist der Empfänger Detentor der Sache.

Die Dargabe einer Sache als Pfand hat ebenfalls eine causa. Dieselbe kann in der Erfüllung einer Verpflichtung bestehen oder in dem Willen Sicherheit zu leisten. Die Dargabe des Pfandes und der Empfang der Sache als Pfand muß auf Einverständniß, Konsens beruhen.

Die Uebergabe der Sache und der Empfang derselben sind Realakte und nicht Erklärungen. Da diese Akte auf einem Konsense beruhen müssen, so kann man die Pfanddargabe verbunden mit dem Empfange ebenfalls als Vertrag bezeichnen, ohne auch hier etwas Ersprießliches damit zu gewinnen.

Die Pfandübergabe begründet ein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden Theilen. Die römischen Juristen fassen die Pfand-

Digitized by Google

übergabe als Realkontrakt auf, dieser Realkontrakt involvirt ein Rechtsverhältniß zwischen Verpfänder und Empfänger. Auf Grund dieses obligatorischen Verhältnisses wird deshalb eine allfällige, auf die Sache in ihrer totalen Individualität gerichtete egoistische Absicht, das heißt der volle Besitzeswille des Empfängers nach den Grundsätzen von Treu und Glauben paralysirt.

Nebst der Uebergabe des vollen Besitzes und des Pfandbesitzes giebt es noch so viele Arten Besitzesübergaben, als es dingliche Rechte giebt.

Bei der Begründung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen, also des Eigenthums, des Pfandrechts, der Emphyteuse und der Superficies ist eine eigentliche Besitzesübergabe nicht möglich. Möglich ist nur Aufgabe des Besitzes und Erwerb des Besitzes. Das Aufgeben des Besitzes geht nun aber aus einem obligatorischen Vertrage, worin sich ein Theil zur Uebertragung verpflichtet, nicht ohne weiteres hervor. Das Aufgeben des Besitzes ist die Leistung, zu welcher sich der Veräußerer verpflichtet hat; die Erfüllung der Verpflichtung, die Leistung erfordert aber einen besonderen Willen.

Dieser Wille braucht nicht geäußert zu werden, sondern kann sich in einem Realakte manifestiren, z. B. man verläßt Haus und Hof, damit der Erwerber einziehen kann, man räumt den Landstrich worüber eine Durchfahrt bestellt werden soll von Bäumen und Sträuchern. Häufig kann sich aber der Wille, den bezüglichen Besitz zu Gunsten des Erwerbers aufzugeben, nicht durch einen Realakt manifestiren und man greift deshalb zu der Rechtskategorie der Gestattung oder Erlaubniß. Die Gestattung oder Erlaubniß ist eine Erklärung, gerichtet an den Erwerber, daß ihm die betreffenden Besitzeshandlungen gestattet seien. Diese Gestattung hat die Wirkung, daß der Erwerber den in Rede stehenden Besitz ergreifen dürfe. Die Gestattung sagt, man habe den Willen sich des Besitzes der Sache in ihrer Individualität oder nur nach gewissen Richtungen hin zu begeben. Es frägt sich, ob, wenn der Wille trotzdem fehlt, die Gestattung eine wirksame sein könne. Auch hier ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Paralysation des gegentheiligen Willens, bezw. einer reservatio mentalis anzunehmen.

Die Gestattungserklärung kommt nicht nur bei der Besitzeseinräumung unbeweglicher, sondern auch beweglicher Sachen vor.

Digitized by Google

Die Gestattung kann eine bedingte sein: wenn das und das eintrifft, so gestatte ich. Die bedingte Gestattung ist näher betrachtet das Versprechen einer bedingten Leistung, der Gestattung. Der Erklärende hätte dann, wenn die Bedingung eintritt, zu gestatten; nach den Grundsätzen über Treu und Glauben des Verkehrs kann der Erklärende aber sich nicht mehr darauf berufen, er gestatte nun trotz Eintrittes der Bedingung nicht. Es findet deshalb mit dem Eintritte der Bedingung die gleiche Wirkung statt als ob er gestattet hätte.

Die Gestattung kann aber ihrer Natur nach nicht eine resolutiv bedingte sein, es kann nur der andere Theil versprechen, auf einem gewissen Fall sei der Besitz wieder zurückzuübertragen.

Auf der bedingten Gestattung beruht die bedingte Tradition. Nicht der Uebertragungswille ist dabei bedingt; denn ein bedingter Besitzübertragungswille ist psychologisch nicht konstruirbar. Die Bedingung ist vielmehr auch hier wieder Eigenschaft einer versprochenen Leistung, nämlich der Gestattung. Die Sache wird vorläufig nur in Detention gegeben; die Detentionsübergabe ist jedoch von einem Versprechen des Uebergebers begleitet, daß der Empfänger die Sache behalten dürfe wenn der und der Umstand eintrete. Bis zum Eintritte der Bedingung ist der Empfänger nur Dententor, er darf sich nicht darauf berufen, bereits den Besitzeswillen gefaßt zu haben; denn diese Berufung würde gestützt auf die Grundsätze von Treu und Glauben vom andern Theile zurückgewiesen werden können. Sobald aber die Bedingung eingetreten ist, darf der bisherige Detentor den Besitzeswillen fassen; denn der Tradent hat sich ja verpflichtet, für diesen Fall das Behalten der Sache zu gestatten. Die bedingte Tradition ist also Uebertragung der Detention einer Sache mit dem begleitenden Versprechen, den Besitz der Sache zu gestatten, wenn der bestimmte Umstand eintritt. Eine resolutiv bedingte Tradition ist nicht möglich; möglich ist nur das Versprechen des Empfängers, die Sache bei Eintritt des Umstandes zurückzutradiren.

14.

Eine Rechtskategorie haben wir noch in der Vollmacht oder Ermächtigung zu betrachten.

Die Vollmacht begründet, nach heutiger Rechtsanschauung

Digitized by Google

wenigstens unzweifelhaft, direkte Rechtswirkungen für den Vollmachtgeber; die Person des Bevollmächtigten bleibt sozusagen rechtlich unberührt. Es frägt sich, warum die Vollmacht diese Wirkung habe, was der Grund der sogenannten direkten Stellvertretung sei. Damit diese Frage beantwortet werden kann, muß der juristische Charakter der Vollmacht vorerst festgestellt werden. Es ist von Laband darauf hingewiesen worden, daß Vollmacht und Auftrag nicht identisch seien, daß ein Auftrag ohne Vollmacht vorhanden sein könne. Diese Unterscheidung ist jedenfalls richtig; nur irrt sich Laband, wenn er die Vollmacht als einen Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigter konstruirt. Könnte die Annahme eines solchen Vertrages die direkte Wirkung der Stellvertretung auch nur einigermaßen erklären? Es wird als feststehender Rechtssatz angenommen, daß der Widerruf der Vollmacht bloß gegenüber dem Bevollmächtigten die direkten Wirkungen für den Vollmachtgeber nicht ausschließt. Wäre das Vertragsmäßige zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten das eigentlich Wirksame bei der direkten Stellvertretung, so könnte konsequenterweise eine direkte Wirkung für den Vertretenen nicht eintreten, wenn der Bevollmächtigte entgegen einer abgeschlossenen Privatübereinkunft mit einem gutgläubigen Dritten handelt. Die direkte Stellvertretung kann nur begründet und erklärt werden, wenn man die Vollmacht als eine Mittheilung ansieht, welche an den Dritten gerichtet ist. Der Grund der direkten Stellvertretung liegt dann darin, daß der Dritte, mit welchem der Vertreter gehandelt hat, sagen kann: Du hast mir ja selbst erklärt, daß in deinem Namen, von deinem Bevollmächtigten mit mir abgeschlossene Geschäfte für dich gelten sollen!

Die Vollmachterklärung an Dritten ist jedoch nur dann nöthig, wenn der Bevollmächtigte mit dritten Personen zu handeln hat, wenn also Geschäfte vorgenommen werden, die einen Konsens beider Theile voraussetzen. Hat der Bevollmächtigte bloß einseitige Handlungen vorzunehmen, deren rechtliche Wirkung nicht vom Einverständniß einer andern Person abhängig ist, so findet eine Vollmachtserklärung nicht statt, sondern es genügt ein Auftrag an den Vertreter. Als solche Handlungen sind zu nennen Okkupation und Dereliktion. Es genügt hier, daß der Vertreter beauftragt ist, um direkte Wirkungen eintreten zu lassen.

Digitized by Google

Bei den Geschäften, die der Bevollmächtigte mit Personen vorzunehmen hat, also bei fast sämmtlichen Geschäften, sind drei Beziehungen zu unterscheiden: Verhältniß des Vollmachtgebers zum Bevollmächtigten, Verhältniß des Vollmachtgebers zu der Person, mit welcher der Bevollmächtigte zu handeln hat, und Verhältniß des Bevollmächtigten zu der Person, mit welcher er handelt.

Das Verhältniß des Vollmachtgebers zum Bevollmächtigten ist stets ein Mandatsverhältniß, d. h. zur Beurtheilung dieses Verhältnisses findet stets die Rechtskategorie der Mandate Anwendung. Das Verhältniß des Vollmachtgebers zum Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte handeln soll, beruht auf der Vollmachtserklärung an den Dritten. Das Verhältniß kann man nicht als Vertragsverhältniß bezeichnen; es beruht auf der Zusicherungserklärung (des Vollmachtgebers) und der Kenntnißnahme von dieser Zusicherung durch den Dritten. Der Dritte braucht nur Notiz zu nehmen von der Vollmachtserklärung; ein eigentliches Einverständniß ist in diesem Zeitpunkte nicht nöthig, das Einverständniß tritt dann erst zu Tage, wenn der Dritte mit dem Bevollmächtigten auf Grund der Vollmacht handelt. Das Verhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten kann auch dadurch begründet werden, daß der erstere thatsächlich Jemand für sich handeln läßt. Der Effekt ist hier der nämliche wie bei einer Vollmachtserklärung. Der Dritte kann sich darauf berufen: Du hast es geduldet, daß dich die Person in solchen Geschäften vertrat und dadurch die Annahme auftreten lassen, du seiest damit einverstanden; nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mußt du deshalb auch dieses Geschäft für dich gelten lassen. Es ist auch hier verfehlt, von einer stillschweigenden Willenserklärung zu sprechen; das thatsächliche Gewährenlassen eines Vertreters ist nicht Vollmachtserklärung, wohl aber eine Handlung, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die gleiche rechtliche Bedeutung hat, wie eine Vollmachtserklärung. — Die Vollmacht kann jederzeit widerrufen werden, weil sie nicht ein bindendes Vertragsverhältniß ist. Wenn ich also dem C schreibe, B werde in meinem Namen bei ihm eine gekaufte Sache in Empfang nehmen, so kann dieses Verhältniß zwischen mir und C bis zum letzten Augenblicke einseitig von mir gelöst werden; es genügt also z. B., wenn C gerade unmittelbar, bevor die Sache dem B übergeben

Digitized by Google

werden soll, von mir ein Telegramm mit anderer Weisung erhält. Der Widerruf der Vollmacht hindert also, sobald er dem Dritten zur Kenntniß kommt, die direkte Wirkung des Stellvertreterthums. Der gleiche Erfolg tritt nach modernem Rechte ein, wenn der Dritte zwar den Widerruf nicht kannte, aber die Pflicht hatte, sich darüber zu erkundigen (Prokura und Vollmacht von Gesellschaftsvorstehern).

Beim Kontrahiren des Bevollmächtigten mit dem Dritten, muß zum gewöhnlichen Konsense grundsätzlich noch hinzukommen der Wille des Bevollmächtigten, im Namen des Vollmachtgebers zu handeln und der Wille des Dritten, das Geschäft auf den Namen des Vollmachtgebers abzuschließen. Der gegentheilige Wille des Bevollmächtigten kann hier durch den Dritten nicht paralysirt werden; der Dritte will nur in ein Rechtsverhältniß zum Vollmachtgeber treten, er kann sich also nicht auf Treu und Glauben des Geschäftes dem Bevollmächtigten gegenüber berufen; wohl aber kann er sich dem Vollmachtgeber gegenüber auf die Vollmacht berufen, und vom letzteren, gemäß den Grundsätzen über Treu und Glauben des Verkehrs, Innehaltung des Geschäfts verlangen. Im anderen Falle, wenn beim Dritten der Wille fehlt, das Geschäft mit dem Vollmachtgeber abzuschließen, so kann der letztere diesen Mangel mit der Berufung auf Treu und Glauben des Geschäftes paralysiren, sofern der Dritte gewußt hat, daß der Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers kontrahirte.

Daß der Bevollmächtigte den (innerlichen, nicht nur ausgesprochenen) Willen haben muß, im Namen des Vollmachtgebers zu handeln, ist der aus innern Gründen gerechtfertigte Standpunkt des römischen Rechts. Es frägt sich, in welchem Umfange dieser Wille des Bevollmächtigten vorhanden sein müsse. Die einfache Antwort auf diese Frage ist die: Der Wille des Bevollmächtigten ist maßgebend in demjenigen Umfange, welchen der Vollmachtgeber in seinem Auftrage als Spielraum für den Bevollmächtigten gewährt hat. Wenn ich dir Vollmacht und den Auftrag gebe, mich in allen Geschäften zu vertreten, so ist dein Wille bei den einzelnen Geschäften allein ausschlaggebend, die Fragen des Irrthumes, Betruges, Zwanges, der bona fides ꝛc. berühren dabei nur deine Person. Wenn ich dich bevollmächtige und beauftrage, einen Kauf über einen bestimmten Gegenstand abzuschließen, so beurtheilt sich

Digitized by Google

z. B. der Irrthum in der Sache die bona fides bezüglich derselben nach meiner Person, der Irrthum über den Kaufpreis jedoch nach deiner Person, wenn ich dir in dieser Beziehung Spielraum gewährt habe. Von dir ist auch der Besitzeswille für mich zu fassen, da derselbe wirkungsvoll erst nach Abschluß des Kaufes gefaßt werden kann. Wenn ich aber eine Sache schon gekauft habe, und ich bevollmächtige dich nur, die Sache für mich in Empfang zu nehmen, so ist deinem Willen fast gar kein Spielraum mehr gelassen; den Kauf habe ich abgeschlossen und den Besitzeswillen bereits gefaßt, du bist nur noch mein Vertreter in den Ausführungsverhandlungen des Besitzeswillens, also in der Ergreifung, bei der Einpackung, beim Transporte u. s. w.; in Bezug auf den Besitzeswillen selbst hast du keine Vertretung. Es scheint mir, daß von diesem Standpunkte aus die bekannten Quellenstellen l. 37 §. 6D. de acquir. rer. dom. 41,1 Julian und l. 13 de donat. 39,5 Ulpian sich vereinigen lassen. In der ersten Stelle wird die Nothwendigkeit ausgesprochen, daß der Bevollmächtigte den inneren Willen haben muß, für den Vollmachtgeber zu handeln: Si cum mihi donare velles, jusserim te . . . rem tradere; si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit ut suam faceret nihil agetur. Wir haben hier den Fall, daß dem Prokurator ein Spezialmandat nicht gegeben ist, die Sache in Empfang zu nehmen; das Generalmandat genügt nicht, um den widerstrebenden Willen in diesem Spezialfalle zu paralysiren. Denken wir uns den Fall etwa so: du willst mir eine Sache schenken und ich schreibe dir, du solleſt dieselbe meinem Vertreter in dorten abliefern; dem Vertreter selbst habe ich nicht geschrieben, er solle die Sache für mich in Empfang nehmen. Den Fall des Spezialmandates faßt die andere Stelle ins Auge: ille (procurator) quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona sed mihi acquirit. Ich habe den Prokurator anbefohlen, die geschenkte Sache für mich in Empfang zu nehmen; jeder diesem Mandate widerstrebende Wille des Mandatars fällt hier dahin. Wenn der Bevollmächtigte einmal die Sache für mich in Empfang genommen, so kann er auch nachträglich den Besitzeswillen nicht mehr für sich fassen, d. h. ein solcher Wille würde durch die Berufung des Mandanten auf Treu und Glauben des Mandates paralysirt.

Digitized by Google

15.

Es ist bei der Untersuchung nach den Vertragselementen nicht zu umgehen, auch den sog. abstrakten oder Formalvertrag einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Es ist eine häufig zu beobachtende Erscheinung, daß bestimmte Elemente des Vertrages der Wahrnehmung leichter erhalten bleiben als andere Elemente desselben Vertrages, sei es, daß sie aus Urkunden erhellen oder daß Zeugen dafür vorhanden sind, die jederzeit befragt werden können.

Für den bindenden Ausdruck eines Versprechens waren zu allen Zeiten und bei allen Völkern bestimmte Formen des Ausdruckes üblich, welche den Volksgenossen bekannt und vertraut waren. Ein Versprechen in dieser Form begründet vernünftiger Weise die Vermuthung für sich, daß seine Abgabe eine bindende war; hätte sie nicht eine bindende sein sollen, so würde der Versprechende nicht diese Form gewählt haben. Solche Formen des bindenden Ausdruckes werden dann häufig von der Gesetzgebung aufgenommen und als obligatorisch erklärt in der Weise, daß eine Erklärung in anderer Form nicht als bindend angesehen wird. Dadurch, daß eine Erklärung in einer Art und Weise abgegeben wird, die sie gleichsam von den übrigen Vorgängen abhebt und konservirt, verliert sie ihre Eigenschaft als Vertragsbestandtheil nicht und muß in Verbindung mit den übrigen Bestandtheilen des Vertrages ins Auge gefaßt werden. Die Stipulation des römischen Rechts war eine, wahrscheinlich von Alters her übliche Form des bindenden Ausdruckes eines Versprechens. Damit wurde aber die Stipulation nicht zu einer besondern Rechtskategorie; sie ist nicht Vertrag selbst, sondern nur die äußere Erscheinungsform eines acceptirten Versprechens. So bildet heutzutage die Unterschrift unter eine Erklärung die häufigste Form des bindenden Ausdruckes und diese Form kann für bestimmte Erklärungen vorgeschrieben sein. Diese sich von den übrigen Thatsachen abhebenden Erklärungen können aber niemals für sich rechtliche Erscheinungen bilden, sondern müssen immer im Zusammenhange mit dem übrigen juristischen Thatbestande betrachtet werden. Freilich verführt der Umstand, daß eine Erklärung für sich wahrnehmbar ist und zwar in einer Form, die als Hülle des bindenden Ausdruckes allgemein oder von Rechtswegen angesehen wird, be-

Digitized by Google

greiflicherweise dazu, die Vermuthung aufzustellen, daß eine solche Erklärung auch von den übrigen Thatbestandsmomenten begleitet sei. Nicht aber ist es zu billigen in dieser, durch eine bestimmte Form zu Tage getretenen Erklärung selbst wieder eine besondere Rechtsfigur, den sog. abstrakten Vertrag zu sehen.

Auch die Thatsache, daß eine Tradition zu vollem Besitze stattgefunden hat, ist eine Erscheinung, die für sich durch Dokumente oder Zeugen wahrnehmbar gemacht werden kann. Die Tradition hebt sich dann ebenfalls von den übrigen Thatbestandsmomenten (causa traditionis, Uebertragungswille 2c.) für den Beobachter ab, nicht aber vermag sie sich von diesen Thatbestandsmomenten zu trennen und eine besondere rechtliche Würdigung für sich zu beanspruchen. Die Annahme eines sog. abstrakten Traditions- oder Eigenthumsvertrages ist deshalb zu verwerfen.

Was speziell die Unterschrift anbetrifft, so kann dieselbe im heutigen Rechtsleben in zwei verschiedenen Funktionen auftreten, als Form des bindenden Ausdruckes eines Versprechens, Verzichtes, Auftrages oder aber zum Zwecke der Anerkennung eines rechtlichen Thatbestandes. Im letztern Falle gehört die schriftliche Anerkennung nicht zum rechtlichen Thatbestande selbst, der anerkannt wird, sondern ist ein Rechtsakt für sich, der nur zum Zwecke hat ein praktikables und zuverlässiges Beweismittel zu verschaffen. Wenn ich von dir ein Darleihen erhalten habe und dir einen Schuldschein ausstelle, so tritt der Akt der Ausstellung des Scheines zu dem bereits perfekten Darleihen hinzu oder begleitet selbstständig den juristischen Thatbestand des Darleihens. Das gleiche ist der Fall mit der Quittung, welche die Zahlung begleitet oder ihr folgt. Die Ausstellung und Uebergabe einer schriftlichen Anerkennung hat ihre besondere causa. Man erfüllt entweder eine besondere, durch dahinzielendes Versprechen begründete Verpflichtung oder eine Anforderung des Verkehrs. Die Ausstellung der schriftlichen Anerkennung ist ein völlig einseitiger Akt; wenn der andere Theil den Akt aufsetzt, so liegt darin nur eine Gehülfenschaft bei der Ausfertigung; der Akt ist ein einseitiger von Seite des Unterzeichners. Es kommt vor, daß bereits perfekt abgeschlossene Verträge von den Parteien dadurch verurkundet werden, daß der Vertrag in Schrift verfaßt und unterzeichnet wird. Hier haben wir keinen neuen Vertrag, überhaupt

Digitized by Google

keinen Vertrag, sondern so viele einseitige Anerkennungsakte, als Unterschriften vorhanden sind. Diese sog. schriftlichen Verträge sind zu unterscheiden von den eigentlichen schriftlichen Verträgen, wobei der Inhalt des Vertrages Inhalt des beidseitig hergestellten Konsenses (der Beredung) und die Unterschriften der bindende Ausdruck des Konsenses sind.

Die schriftliche Anerkennung ist kein Vertrag, auch nicht, wenn von beiden Parteien Vertragsverhältnisse beurkundet werden. Man hat die Lehre aufgestellt, die Anerkennung sei ein sogenannter abstrakter Vertrag. Es ist aber gewiß den Meinungen und dem Willen der Parteien Gewalt angethan, wenn ein eigentliches neues Versprechen aus der schriftlichen Anerkennung gefolgert wird. Diese schriftlichen Anerkennungen sind nur Beweisstücke und werden zu diesem Zwecke angefertigt. Es ist dabei eine Frage rein der rechtlichen Zweckmäßigkeit, welche Beweiskraft man einer solchen Urkunde beilegen will, ob man die volle Beweiskraft damit verbinden, ob man einen Unterschied zwischen der sogenannten cautio discreta und cautio indiscreta machen wolle u. s. w.

Dagegen sind bei diesen schriftlichen Anerkennungen zwei Momente auseinander zu halten: die Ausfertigung an und für sich und die Uebergabe der Urkunde. Ich kann z. B. einen Schuldschein ausfertigen, um ihn bei einem erst abzuschließenden Darleihen zu gebrauchen; es liegt also der Wille noch nicht vor, den im Scheine genannten Gläubiger ein Beweismittel zu liefern. Der Wille ist auf eine Vorbereitungshandlung gerichtet; erst der Wille bei der Uebergabe geht dahin, die Urkunde dem andern Theile zu geben. Daß damit ein Beweismittel ausgeliefert wird, ist Folge der Uebergabe und braucht nicht direkt gewollt zu werden.

In der Regel wird der Zweck der Uebergabe nur darin bestehen, eine Verpflichtung des Verkehrs, eine nicht auszuweichende Anforderung zu erfüllen. Daß mit der Uebergabe aber ein Beweismittel ausgeliefert wird, weiß der Tradent wohl; wenn deshalb sein Wille auch nur auf Erfüllung einer Anforderung geht, so ist die Vorstellung der Wirkung seiner Handlung doch vorhanden und das Argument ist ganz naheliegend: weil du bewußterweise die Anerkennung hingegeben hast, bist du auch für die Folgen der Handlung, der andern Partei einen Beweis ausgeliefert zu haben, be-

Digitized by Google

haftet. Auf diese Erwägung muß sich die Regulirung der Beweislast stützen.

Die Tradition der Anerkennungsurkunde setzt wie jede andere Tradition einen Konsens voraus. Wenn man den in der Tradition zum Ausdrucke kommenden Konsens als Vertrag bezeichnen will, so steht allerdings nichts dagegen, auch die Aushändigung einer Anerkennungsurkunde Vertrag zu nennen.

Eine Hauptstütze suchen die Bekenner der Lehre vom abstrakten Vertrage in der Entstehung der Wechselverbindlichkeit. Aber auch hier wirkt die Theorie des sogenannten abstrakten Vertrages nur verwirrend, ohne etwas Positives zur Erklärung beizutragen.

Es ist wohl unbestritten, daß die Wechselverbindlichkeit ihre Wurzel in der Unterschrift auf dem Wechsel hat. Diese Unterschrift hat nicht die Funktion, ein bestehendes, bereits vorhandenes Schuldverhältniß anzuerkennen, sondern sie ist der bindende Ausdruck eines Versprechens. Und zwar giebt es zwei Arten dieser Versprechen: das Versprechen, den Wechsel direkt einzulösen und das Versprechen, für die Einlösung durch einen Andern Garantie zu leisten. Wir haben also direkte Versprechen und Garantieversprechen. Die direkten Versprechen sind diejenigen der Acceptanten, Ehrenacceptanten, des Ausstellers von Eigenwechseln, sowie der Mitunterzeichner mit dem Genannten. Die Garantieversprechen sind diejenigen des Ausstellers von gezogenen Wechseln und der Indossanten.

Jedes Wechselversprechen hat seinen Grund. Dieser Grund kann ein verschiedenartiger sein. Das direkte Versprechen kann folgende Gründe haben: ich verspreche (d. h. unterschreibe), weil ich die Einlösungssumme schuldig bin und weil die Einlösung, zu welcher ich mich verpflichte, mich zugleich von meiner bestehenden Schuld befreien soll; ich verspreche, um einen (angenommenen) Auftrag zu erfüllen und weil mir der Auftraggeber für die Erfüllung des Auftrages bereits Deckung gegeben hat oder für die Ausführung haftet, oder weil ich meinen Anspruch aus dem erfüllten Mandate mit einer Schuld an den Mandanten kompensiren kann: ich verspreche um der Person, der ich den Wechsel zum Eigenthum übergeben will, die Einlösungssumme zu schenken; ich verspreche, weil der mit meinem Versprechen versehene Eigenwechsel gekauft (diskontirt) wird, ich verspreche aus Gefälligkeit, gegen Bezahlung ꝛc.

Digitized by Google

— Das Garantieversprechen kann folgende Gründe haben: eine Gefälligkeit zu erweisen, Gewähr für die Einlösung eines verkauften Wechsels zu leisten 2c.

Nach meiner Ansicht wird das Wechselversprechen nur dem Eigenthümer der Wechselurkunde gemacht und kann nur diesem gegenüber gemacht werden. Das Versprechen wird von Letzterem angenommen durch den bloßen Entschluß, sich die Vortheile des Wechsels zu Gute kommen zu lassen; dieser Entschluß wird ein regelmäßig eintretender und deshalb zu vermuthender sein.[16]) Daß Einreden aus der causa des Versprechens nicht jedem Wechselgläubiger gegenüber geltend gemacht werden können, hat seinen Grund in der Art der Succession in die Wechselforderung.

16.

Nach den bisherigen Darlegungen ist bei jedem Thatbestande mit rechtlichen Wirkungen zu unterscheiden die wirthschaftliche Natur des Thatbestandes und die juristische Struktur desselben.

Der Ausdruck „Schenkung" z. B. bezeichnet die wirthschaftliche Natur eines Thatbestandes, nämlich desjenigen, wonach eine unentgeltliche Uebertragung eines Werthes aus dem eigenen Vermögen in dasjenige eines Andern stattfindet. Die Absicht zu schenken, ist Absicht gerichtet auf wirthschaftliche Vorgänge. Auch nach römischem Rechte ist der Begriff der Schenkung ein rein wirthschaftlicher, das Erforderniß, daß das Vermögen des Zuwendenden vermindert sein müsse, beruht auf der Vorstellung des Vermögens als des wirthschaftlichen Komplexes von Gütern und Werthen. Dieser wirthschaftliche Vorgang der Schenkung kann nun aber eine ganz ver-

[16]) Auf dieser Erwägung beruht meines Erachtens die positive Vorschrift, daß das einmal abgegebene Accept nicht zurückgezogen werden könne. Der Gesetzgeber stellt sich den regelmäßigen Fall vor, daß der Wechsel zum Accepte präsentirt wird; hier sieht der Präsentant die Unterschrift entstehen und in diesem Momente wird der Annahmewillen auftreten. Für den Fall, wo der Bezogene zur Zeit des Acceptes selbst Eigenthümer des Wechsels ist, hat die Vorschrift der Wechselordnung aber eine Härte im Gefolge. Obgleich dieser der Vorschrift zu Grunde liegende Gedanke ein ganz richtiger ist, so wird doch durch die einseitige Fassung der Vorschrift der Grundgedanke verdunkelt und meines Erachtens eine eigentliche Irrevokabilität des Acceptantenversprechens ausgesprochen.

Digitized by Google

schiedene juristische Struktur haben, er kann sich darstellen als Tradition donandi causa (Schenkung zu kurzer Hand), als Versprechen mit nachfolgender Erfüllung, als Verzicht auf einen unbestrittenen Vortheil, als Cession einer Forderung, Ausstellung einer Anweisung, eines Wechsels 2c.

Mit Kauf bezeichnen wir ebenfalls einen wirthschaftlichen Vorgang. Uebertragung eines Werthgegenstandes gegen Entgelt. Die juristische Struktur dieses Vorganges kann sich darstellen als Realkontrakt oder als Konsensualkontrakt mit nachfolgender Erfüllung. Der in der Form der Bestellung effektuirte Kauf selbst stellt sich speziell dar als Ausführung eines Mandates mit Realkontrakt. Das Bestellen ist Auftraggeben; Derjenige, bei dem bestellt wird, haftet gemäß übernommenem Mandate für die Effektuirung, der Besteller haftet als Mandant, wenn er den Kauf nicht vollziehen lassen will. Sobald aber der Besteller die Waare, oder Derjenige, bei welchem bestellt wird, das Geld angenommen hat, so liegt der Realvertrag des Kaufes vor. Aehnlich verhält es sich mit dem Tausche. Die Miethe ist ebenfalls ein wirthschaftlicher Begriff: Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche gegen Entgelt. Die Miethe stellt sich juristisch als Real- oder als Konsensualvertrag mit Erfüllung dar. Auch die Miethe kann eingeleitet werden durch Mandat, d. h. Bestellung. Ich bestelle einen Miethwagen, ein Reitpferd, ein Zimmer in einem Gasthofe; ich hafte aus dem Mandate für alle Auslagen und allen direkten Schaden, wenn ich die Bestellung nicht effektuiren lasse; sobald ich aber den Wagen, das Reitpferd, das Zimmer entgegengenommen, ist der Realkontrakt der Miethe geschlossen und ich hafte aus diesem für das Miethgeld.

Die Bürgschaft ist wieder ein rein wirthschaftlicher Begriff, sie bedeutet das Einstehen mit eigenen wirthschaftlichen Mitteln für den Schaden, der durch Nichtbezahlung einer Schuld für den Gläubiger entsteht. Die juristische Konstruktion der Bürgschaft stellt sich dar entweder als ein Versprechen, für die Zahlung einstehen zu wollen, als ein Versprechen, die fremde Schuld direkt zahlen zu wollen, oder als ein Mandat des Bürgen an den Gläubiger.

Die Gesellschaft ist ein sozial-wirthschaftlicher Begriff: Vereinigung Mehrerer zur Verfolgung eines wirthschaftlichen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln. Die Begründung der Gesellschaft ge-

Digitized by Google

schieht nach der Anschauung des römischen Rechts durch Konsensualvertrag. Es ist aber auch möglich, daß das Rechtsverhältniß durch Realvertrag entsteht. Denken wir uns folgenden Fall: Ich sage zu meinem Freunde, ich wüßte da und da ein Geschäft zu machen, an welchem sich etwas verdienen ließe, wenn er mitmachen wolle, so hätte er soviel daran zu leisten; mein Freund langt in den Geldbeutel und giebt mir die erwähnte Summe. Dieses Dargeben der Summe ist als Realkontrakt bindender Ausdruck des Einverständnisses; regelmäßig wird aber die Sozietät durch Konsensualvertrag abgeschlossen. Der Vertrag setzt sich zusammen in so viele acceptirte Versprechen, als socii vorhanden sind; das Versprechen jedes Einzelnen wird dem Andern gegenüber gegeben und von diesen acceptirt; jedes einzelne Versprechen geschieht in der Voraussetzung, daß jeder Andere auch verspricht, die Mittel und Kräfte zur Verfolgung des Zweckes beizutragen.

Ein total wirthschaftlicher Begriff ist auch die Versicherung. Es ist die Uebernahme einer wirthschaftlichen Gefahr gegen Entgelt. Die juristische Struktur der Versicherung erscheint als Konsensualvertrag, Versprechen und Gegenversprechen. Ich verspreche dir bestimmte Geldleistungen und du versprichst mir im Falle eines Ereignisses gewisser Natur, den Schaden zu ersetzen. Schwierigkeiten macht in dieser Beziehung bloß der Lebensversicherungsvertrag. Die Lebensversicherung ist ein Begriff wirthschaftlicher Natur, doch ist in diesem Begriffe nicht bloß das wirthschaftliche Merkmal der Versicherung enthalten, sondern auch das weitere wirthschaftliche Merkmal des Sparens, der Kapitalschaffung. Die juristische Struktur des Vertrages ist aber von diesen wirthschaftlichen Merkmalen des Geschäftes unabhängig; wir haben auch hier die juristischen Elemente des Versprechens und Gegenversprechens. Da die Leistung des Versicherers hier erst beim Tode des Versicherten erfolgen soll, so fragt es sich, wie dieses Rechtsverhältniß zu konstruiren ist. Mit dem Tode hört nun allerdings die natürliche Persönlichkeit auf, nicht aber der wirthschaftliche Sammelpunkt, der das Vermögen auf sich vereinigt; dieser existirt fort und verbindet sich mit der Person des Rechtsnachfolgers. Bei wirthschaftlichen Geschäften ist es deshalb möglich, sich auf die Zeit über den Tod hinaus zu berechtigen und zu verpflichten, d. h. man berechtigt und verpflichtet das wirth-

Digitized by Google

schaftliche Subjekt, den Sammelpunkt des Vermögens. Der Lebensversicherungsvertrag, welcher zu Gunsten der Erben abgeschlossen wird, ist sonach kein Vertrag zu Gunsten Dritter. Wird der Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten bestimmter Personen abgeschlossen, so bleiben sich nach unsern Ausführungen über die Verträge zu Gunsten Dritter die Parteien dennoch gleich. Auf der einen Seite der Versicherer, auf der andern Seite der Versicherte, bezw. dessen Rechtsnachfolger; der Dritte hat aus dem Vertrage keine Berechtigung und konsequenterweise könnten die Erben des Versicherten die Lebensversicherungssumme für sich in Anspruch nehmen. Es tritt aber in diesem Falle noch ein weiteres rechtliches Element hinzu, nämlich die Verfügung des Versicherten, daß nach seinem Tode und damit eintretender Fälligkeit der Versicherungssumme eine bestimmte Person den Genuß der Summe haben soll; dieser Verfügung kann das Recht vom erbrechtlichen Standpunkte aus Kraft geben. Nicht vom Vertragsstandpunkte, sondern bloß vom Standpunkte der Zulässigkeit solcher einseitiger Verfügungen erbrechtlicher Natur läßt sich das Recht des Dritten auf die verfallene Lebensversicherungssumme rechtfertigen. Es fragt sich dabei, welche rechtliche Natur dieser einseitigen Verfügung beigelegt wird, ob man sie als unmittelbar wirkend oder als ein Vermächtniß (Dammnationslegat) auffaßt. Die letztere Auffassung ist jedenfalls die logisch richtigere; danach würde die Versicherungssumme immer zur Verlassenschaft gehören und es fänden die Grundsätze über Entrichtung von Legaten analoge Anwendung.

Die Geschäfte, welche das Recht mit Wirkungen ausstattet, sind ihrer Natur nach wirthschaftliche Vorgänge. Das Recht, speziell das Civilrecht, existirt eben nicht für und an sich, sondern nur auf Grundlage des wirthschaftlichen Verkehrs, überhaupt des gesellschaftlichen Lebens. Das Recht operirt mit wirthschaftlichen und sozialen Begriffen, weil diese der Rechtskenntniß und Rechtsbildung stets vorausgehen. Dadurch, daß die Rechtsordnung mit den Begriffen Schenkung, Kauf, Miethe ꝛc. rechnet und dieselben nach ihren wirthschaftlichen Merkmalen zerlegt, werden weder die Begriffe noch die Merkmale zu juristischen. Der wirthschaftliche Begriff bleibt sich gleich, auch wenn die juristische Struktur des Vorganges eine andere ist und anderseits bleibt sich die Rechtskategorie gleich, ob-

Digitized by Google

wohl sie verschiedenen wirthschaftlichen Vorgängen zu Grunde liegt. So ist der wirthschaftliche Begriff der Schenkung da, ob ich tradire, verzichte oder verspreche donandi causa, andererseits liegt ein Konsensualvertrag vor, ob sein Zweck ein Kauf oder eine Miethe, Gesellschaft 2c. ist.

17.

Betrachten wir zum Schlusse noch die sogenannte stillschweigende Willenserklärung.

Die Willenserklärung ist ihrem Begriffe nach eine Erklärung, die über einen Willen des Erklärenden aussagt. Die Erklärung ist Handlung, Muskelbewegung, die durch den Willen verursacht wird. Die Erklärungen werden zu einem bestimmten Zwecke gegeben, sie sollen nämlich bei einer Person bestimmte Vorstellungen und Willensregungen wachrufen. Der Wille geht also auch dahin, daß die Erklärung vom Adressaten vernommen wird; denn diese Wahrnehmung ist allein Ursache der Vorstellungsentstehung und Willensregung beim Adressaten.[17]) Wir haben also bei jeder Willenserklärung folgende verschiedene Willen (Absichten, Begehrungen) zu unterscheiden:

1. der Wille, über dessen Vorhandensein in der Erklärung ausgesagt wird (z. B. ich will dir 500 Franken für das Pferd geben);
2. der Wille (die Begehrung, Absicht), beim Adressaten Vorstellungen und Willensregungen zu erwecken;
3. der Wille (die Absicht, Begehrung), die Erklärung beim Adressaten wahrnehmbar zu machen (durch Anreden, Verständlichmachung vermittelst Zeichen, Absendung eines Briefes 2c.);
4. der Wille, die Muskelbewegung, worin die Erklärung selbst besteht, vorzunehmen (zu reden, schreiben, deuten 2c.).

---

[17]) Ohne diesen Willen ist auch die Willenserklärung ohne Kraft. Nicht etwa nur auf das rein äußere Merkmal der Wahrnehmung einer Erklärung kommt es an, sondern auf den Willen der Wahrnehmbarmachung. Die Wahrnehmung einer Erklärung, die nicht mit dem Willen abgegeben wurde, wahrgenommen zu werden, hat keine Bedeutung. Freilich ist auch die Wahrnehmung selbst von Wichtigkeit, aber nur, weil ohne Wahrnehmung die gewünschte Vorstellung und Willensregung beim Adressaten nicht erzielt wird.

Digitized by Google

Nach meiner Ansicht ist eine Handlung entweder Willenserklärung oder ist es nicht; eine sogenannte stillschweigende Erklärung ist ein Unding. Man hat zu dieser Fiktion deshalb gegriffen, um da den Begriff des Vertrages als einer stillschweigenden Willenserklärung retten zu können, wo eine wirkliche Willenserklärung auf der einen Seite nicht vorliegt, wohl aber die rechtlichen Wirkungen als solche consensu (voluntate) oder aus konsensähnlichen Thatbeständen erscheinen. Deshalb hat man auch die Realakte, wie Uebergabe und Entgegennahme von Sachen, Vornahme von Leistungen, Unterlassungen ꝛc. als Willenserklärungen hingestellt.

Handlungen, namentlich auch Zeichen, können Willenserklärungen sein; sie sind es, sobald der Wille dahin geht, damit Jemanden eine Mittheilung zu machen. Wenn ich einem Droschkenführer mit der Hand winke, wenn ich das leere Bierglas hochhebe, damit es der Kellner sieht, wenn ich mit dem Gelde an das Glas klopfe ꝛc., so sind dies Erklärungen: ich will die Droschke miethen, ich will ein zweites Glas Bier, ich will bezahlen ꝛc. Keine Erklärungen sind aber solche Handlungen, welche nicht Mittel zu dem Zwecke sind, um eine Mittheilung zu machen, so namentlich die Realakte an sich.

Das Gebiet der Realakte ist viel umfangreicher, als man glaubt. Die Entgegennahme von Sachen zu einem bestimmten Zwecke wird gewöhnlich als stillschweigende Erklärung gedeutet; sie ist aber bloßer Realakt. So ist der Empfang einer Zahlung, Schenkung, die Entgegegennahme einer Waare als Kauf- oder Miethgegenstand nicht Willenserklärung, kann aber von einer solchen begleitet sein. Wenn mir der Buchhändler Bücher zur Einsicht sendet und ich behalte eines derselben, so ist der Realkontrakt des Kaufes zu Stande gekommen, der Buchhändler übergab die Bücher in meinen Gewahrsam; er gestattet zugleich, daß ich sie behalten darf gegen Bezahlung des Preises. Dadurch, daß ich ein Buch behalte, entsteht die Verpflichtung den Preis zu bezahlen; eine Erklärung findet dabei nicht statt. Ein ähnliches Verhältniß bietet der Kauf auf Probe dar. Auch hier wird eine Sache für eine gewisse Zeit zum Gewahrsam (incl. Prüfung) übergeben, mit der Gestattung an dem Empfänger, dieselbe, falls es ihm beliebt, zu einem für diesen Fall vorgesehenen Preise zu übernehmen; der Empfänger verpflichtet sich dabei zu

Digitized by Google

nichts. Sobald aber der Besitzwille des Detentors auftritt, entsteht der Realkontrakt des Kaufes und damit die Verpflichtung, den vorausgesetzten Preis zu bezahlen. Das Abkommen, welches dem Kaufe auf Probe vorausgeht, besteht aus dem Versprechen des Verkäufers, den Gegenstand zur Prüfung zu übergeben mit der Gestattung des Behaltens zu einem bestimmten Preise; ein Gegenversprechen des Käufers liegt bei diesem Abkommen nicht vor, auch nicht das Gegenversprechen, für den Fall des Behaltens so und soviel zu bezahlen. Hierzu bedarf es eben keines Versprechens, weil die Verpflichtung zur Bezahlung des (vom Verkäufer vorausgesetzten und dem Käufer bekannten) Preises nur aus dem Realakte der Annahme entsteht. Die obligatorische Pflicht des Empfängers zur sorgfältigen Behandlung und Rückgabe des Gegenstandes bei Nichtgefallen ergiebt sich aus dem Detentionsverhältniß (Prüfungsverhältniß).

Die Realakte können bindend stattfinden, ohne daß die Gegenleistung beredet ist. Ich lese mir z. B. in einem Magazin Waaren aus und lasse mir die Rechnung schicken. Ich gehe auf der Schleifbahn zu einem Schlittschuhverniether, suche mir ein Paar passende Schlittschuhe aus und ziehe sie an; durch diesen Realakt verpflichte ich mich zum üblichen Miethzinse. Die sogenannte stillschweigend fortgesetzte Miethe ist Realkontrakt; dadurch, daß ich über die festgesetzte Zeit hinaus in der Wohnung bleibe mit dem Willen, dieselbe weiter zu benützen, und der Vermiether stillschweigend einverstanden ist und mich in der Wohnung beläßt, so gründet sich auf dieses durch Realakte zu Tage tretende Einverständniß die Verpflichtung zur Bezahlung des Miethzinses und zur vorläufigen Belassung der Wohnung; daß die Verpflichtungen im Einzelnen sich gleich bleiben wie bisher, stützt sich nicht auf einen sogenannten stillschweigenden Vertrag, sondern direkt auf Rechtsgrundsätze. Das Recht stellt bei der Anordnung, daß eine solche Erneuerung die bisherigen Verpflichtungen mit sich bringt, nicht auf einen vermutheten Willen der Parteien ab, sondern beruft sich auf das natürliche und einfache Gefühl, daß es billig und richtig sei, die bisherigen Bedingungen fortgelten zu lassen.

Die thatsächlich ertheilte Vollmacht durch Gewährenlassen einer Person in der Vertretung bei Geschäftsabschlüssen bestimmter Art, ist nicht auf eine stillschweigend ertheilte Vollmachtserklärung zurück-

Digitized by Google

zuführen; das Recht begründet die Haftung des Vertretenen vielmehr mit den Grundsätzen von Treu und Glauben des Verkehrs. Auf diese Grundsätze ist es auch zurückzuführen, wenn das Recht unter Umständen Rechtswirkuugen eintreten läßt, gestützt auf das Stillschweigen einer Person (qui loqui potuit et debuit). Wo die rechtliche oder sittliche Pflicht vorhanden ist, gegen etwas sich auszusprechen, wenn man damit nicht einverstanden ist, kann man sich auf die Nichterklärung des Einverständnisses deshalb nicht stützen, weil die Berufung darauf durch den Hinweis auf die Grundsätze von Treu und Glauben des Verkehrs entkräftet werden kann. Dieser Hinweis ist natürlich nur dann wirkungsvoll, wenn die Partei aus dem Stillschweigen der andern Partei in gutem Trauen auf das Einverständniß schloß und schließen konnte.

Digitized by Google

2.

Bemerkungen zum vorigen Aufsatze Affolters.

Von **J. Kohler.**

I.

Ueber Real- und Konsensualvertrag.

In dieser ideenreichen Arbeit des Schweizer Civilisten ist insbesondere der Gedanke von Bedeutung, daß eigentlich ein jeder Konsensualvertrag nur als Vorvertrag zu denken sei, dem die Erfüllung durch einen Realvertrag nachzufolgen habe. Dies ist eine Konstruktion, die ich seiner Zeit in diesem Archiv S. II. 213 ff. abgelehnt habe, worauf ich dann weiter ausführte, daß die gleiche Konstruktion auch beim Darlehn abzulehnen sei.

Ich möchte insbesondere geltend machen: Ist der Konsensualvertrag abgeschlossen, so bedarf er zur Erfüllung nicht mehr eines Vertrags-, sondern nur noch eines Erfüllungsaktes, und es kann daher die Erfüllung durch einen jeden Dritten erfolgen, auch wenn er in keinem Vertragsverhältniß zur Partei steht. Die Erfüllung kann erfolgen an jede Person, die für die Partei empfangsberechtigt ist, auch wenn sie nicht berechtigt wäre, für sie neue Engagements einzugehen, durch Realkontrakte oder durch irgend etwas Anderes. Daher kann nach Abschluß des Kaufs ein jeder Dritte für den Käufer zahlen — mit der Wirkung, daß hierdurch die actio emti frei wird; und wenn an die Zahlungsstelle des Verkäufers gezahlt ist, so ist genügend gezahlt, wenn auch diese nicht in der Lage wäre, Realverträge für ihren Geschäftsherrn abzuschließen.

Zu einer solchen Abscheidung in Vor- und Realvertrag wäre nur dann Anlaß, wenn es bei dem Erfüllungsakt noch einer bestimmten diakritischen Entscheidung bedurfte, wenn also der Käufer sich noch die Entschließung vorbehielte, ob er überhaupt das Geschäft wolle oder nicht. Dann kann ihm kein Dritter durch Zahlung des Geldes in die Quere kommen und ihm die Freiheit der Entschließung nehmen.

Uebrigens habe ich in der gedachten Abhandlung dargethan, daß man auch in solchen Fällen der Eigenheit des Vertrages am meisten entspricht, wenn man die Vorvertragsgedanken ablehnt und den Vertrag vielmehr als Konsensualvertrag auffaßt, bei dem einstweilen nur eine Gebundenheit des einen Kontrahenten besteht: also ein Verhältniß, das man auch so bezeichnen kann: der eine

Digitized by Google

Kontrahent haftet aus einer Offerte, an welcher er festgehalten wird und welche der andere jeder Zeit oder doch innerhalb bestimmter Zeit durch Vertragsannahme in einen beiderseitig bindenden Vertrag verwandeln kann. Aber zu dieser Umwandlung gehört Acceptation, und diese steht nicht einem Dritten, sondern dem Gegenkontrahenten allein zu.

Daß bei diesem Sachverhalt, wo der Gegenkontrahent beliebig die Offerte in einen Vertrag verwandeln kann, dieser Gegenkontrahent nicht in mora accipiendi kommen kann; daß die Sache völlig in sein velle gestellt, es darum nicht so ist, daß der gebundene Kontrahent sofort zur Leistung verpflichtet und nur der Eintrieb der Leistung dem Gegenkontrahenten anheimgestellt sei, habe ich bereits an jener Stelle angedeutet. Die Sache ist vielmehr so: der gebundene Kontrahent ist gebunden, aber noch nicht leistungspflichtig; der andere Kontrahent ist berechtigt, aber noch nicht berechtigt, eine Leistung zu verlangen, sondern berechtigt, durch seine Acceptationserklärung die Leistungspflicht des andern und damit sein eigenes Obligationsrecht zu erzeugen; ein Verhältniß, das mit dem Moment ein anderes wird, wo der berechtigte Kontrahent von dem Rechte der Acceptation Gebrauch macht.

Diese Konsequenz, daß hierwegen der berechtigte Kontrahent nicht in mora accipiendi kommen kann, — denn die mora accipiendi setzt eine Leistungs*pflicht* voraus und ist nicht bei der bloßen *Gebundenheit* denkbar — ist nunmehr von *Adler* in seiner vielfach fördernden Arbeit in den Jahrbüchern für Dogmatik XXXI. S. 190ff., mit der ich allerdings in vielen Punkten nicht einig bin, weiter durchgeführt und prinzipiell befestigt worden.[1])

Die Konstruktion eines solchen Geschäfts als Offerte mit einseitiger Gebundenheit des Offerenten, so daß die Offerte unter Zutritt einer Acceptation zum zweiseitig verpflichtenden Vertrag wird, scheint mir alle Schwierigkeiten am besten zu erledigen. Es versteht sich insbesondere von selbst, daß die Gefahr der so verkauften Sache einstweilen völlig beim Verkäufer bleibt; daß der Verkäufer für seine Haftung Bürgen und Pfand bestellen kann, letzteres mit sofortigem Datum; aber auch der Käufer kann ein Pfand mit sofortigem Datum bestellen: der andere Theil ist jetzt schon in der Lage, jeden Augenblick erwarten zu müssen, daß der Käufer die Offerte zu einem Geschäft umgestaltet und dadurch Schuldner wird; für Schulden aber, zu deren Entstehen das bloße velle des Schuldners genügt, kann schon jetzt ein Pfand mit jetzigem Datum bestellt werden.

Daß auf diese Weise auch die bekannten alternativen Börsengeschäfte, das Prämiengeschäft, das zweischneidige Prämiengeschäft und das Stellgeschäft sich am besten erklären lassen, bedarf keiner weiteren Ausführung. Wenn A die Offerte macht, daß er als Käufer oder Verkäufer gebunden sein wolle, so kann ein Partner gegenüberstehen, der völlige Freiheit hat, in die Offerte einzutreten

[1]) Ich habe übrigens im Archiv II. S. 217 nicht ausgesprochen, daß ich für die betreffende Erscheinung (den Ausschluß der mora accipiendi) keine Erklärung wisse, sondern ich gab kurz meine Erklärung und sagte, daß dieses Verhältniß bis dahin noch nicht genügend beobachtet worden sei.

Digitized by Google

oder nicht; oder ein Partner, der zwar die Freiheit hat, aber doch so, daß er bei Nichteintritt ein Abstandsgeld zahlen muß; oder endlich so, daß er nur die Freiheit hat, zwischen beiden Alternativen zu wählen, aber das eine oder andere wählen muß.

An der Konstruktion des Konsensualdarlehens halte ich nach wie vor fest und glaube, daß sie durch die bisherigen Entgegnungen, insbesondere auch durch die Einwendungen Adler's nicht erschüttert worden ist. Natürlich kann auch hier die Sache so sein, daß sofort beide Theile gebunden sind; oder so, daß nur erst ein Theil offertenmäßig gebunden ist und es im Belieben des anderen steht, auf die Offerte einzugehen. Es kann auch so sein, daß jeder Theil gebunden ist, aber jeder nur Kraft des freien Beliebens des andern; z. B. A läßt sich von seinem Bankier versprechen, ihm innerhalb zweier Monate ein Darlehen zu geben, wann er will und wann er sich zu diesem Zwecke einfindet; zugleich kann sich der Bankier ausbedingen, daß A auf Ansage des Bankiers ihm Gelder bis zu einem bestimmten Betrag gegen bestimmten Zins als Darlehen nimmt. Hier sind beide Theile gebunden, und doch ist noch kein zweiseitiger Darlehnsvertrag abgeschlossen; denn A ist nur verpflichtet, wenn B will, und B nur, wenn A will; so lange kein Theil einen solchen Willen erklärt, ist ein beiderseitiges Haften, kein beiderseitiges Verpflichtetsein gegeben und beiderseits nur das Recht vorhanden, die Offerten zu Vertragsstipulationen zu erheben, aber noch kein Recht auf eine Obligationsleistung.

Die Schwierigkeiten, welche man in der Konstruktion des Konsensualdarlehens gefunden, habe ich in meiner Abhandlung alle als imaginär dargelegt. Mit der Formel, ich hätte damit aus dem Konsensualvertrage solche Konsequenzen gezogen, wie sie dem Realkontrakt entsprechen,[2]) ist nur gesagt, daß ich damit den Konsensualvertrag von der Hülle gelöst habe, in die ihn eine scholastische Jurisprudenz eingesponnen hatte.

Lassen wir alle Scholastik bei Seite und halten wir uns ans Praktische, so kann die ganze Frage nur noch folgende Seite zeigen:

Ist das Realdarlehn gültig, wenn der Darleiher fremdes oder falsches Geld giebt; d. h. kann der Darleiher gezwungen werden, nunmehr eigenes und richtiges Geld zu geben? Die Frage habe ich bereits dahin beantwortet, daß nach unserer heutigen Auffassung des Realkontraktes so viel voluntare Elemente darin enthalten sind, daß der Darleiher ebenso gebunden ist, wie entsprechenden Falles der Verkäufer beim Realverkauf. Dieses voluntare Element bewirkt es, daß die Verbindung von res und obligatio gelockert wird: bei strengster Auffassung des Realvertrages wäre es so, daß in Ermangelung von res das Ganze zusammenstürzte; sobald voluntare Elemente eintreten, kann das Ganze mit einem bestimmten Aequitätsinhalte bestehen bleiben, auch wenn die res zusammenstürzt und sich hierwegen der Vertrag nicht in der ersten und ursprünglichen Weise verwirklicht.[3]) Daß eine solche Mischung mit

[2]) Aehnlich drückt sich Schey, Obligationsverhältnisse I. S. 44, aus.

[3]) Gesammelte Abhandlungen S. 42 und Archiv II. S. 212.

Digitized by Google

voluntaren Elementen nicht möglich sei, daß jenes Synallagma zwischen res und obligatio nicht beliebig fest geknüpft werden könne (wie ein Sattelriemen? — nein, wie eine Verbindung von Organismen, wovon der eine mehr oder minder selbstständig sein kann), daß die Festigkeit der Verbindung ein für allemal gegeben sei, das zu behaupten wäre Schulweisheit, über die sich das Leben hinaussetzt.

Auf der anderen Seite bietet sicher die Konstruktion eines Konsensualdarlehens, welche es ermöglicht, daß einfach auf Auszahlung einerseits und (gegen Deposition der Summe) auf Verzinsung anderseits geklagt werden kann, bessere Resultate, als wenn in solchem Falle der eine oder andere Theil zunächst auf Abschluß des Realvertrages und dann erst in zweiter Reihe auf Erfüllung klagen müßte. Zwar kann mit der Klage auf Vertragsabschluß auch die Klage auf Erfüllung des so abgeschlossenen Vertrags verbunden werden,[4]) aber immerhin würde damit der ganze Kontrakt auf die Zeit des (rechtskräftigen) Urtheils gestellt, und was vorher ist, das müßte in den alten Schlauch der Entschädigung hineingelegt werden: immerhin wäre erst mit dem Urtheil ein Darlehen vorhanden, nicht schon mit dem Momente des Vertrags oder mit dem Momente, wo der Berechtigte die Offerte des durch Offerte Gebundenen acceptirt. Das zeigt sich auch im folgenden Falle. Hat mir Jemand in einer exekutorischen Urkunde ein Darlehn versprochen, sei es auf einen bestimmten Termin, sei es auf eine nach meinem Belieben zu bestimmende Zeit, so kann ich, wenn das Darlehn nicht bezahlt wird, mir die Vollstreckungsklausel geben lassen und folgerichtig einfach das Geld auf dem Exekutionswege eintreiben. Nach entgegengesetzter Ansicht kann ich das nicht, und wenn mich ein Geschäftsmann nach dem Grunde fragt, so muß ich ihm sagen: nach der Ansicht dieser Juristen ist das Darlehn ein Realvertrag und das Darlehnsversprechen nur Vorvertrag: auf Grund des letzteren kann ich nicht die Auszahlung des Geldes verlangen, sondern ich muß verlangen, daß der Partner mit mir einem Darlehnsvertrag als Realvertrag abschließe; thut er es nicht, so muß der Richter dazwischen kommen, sich förmlich auf den Richterstuhl setzen und den Darlehnsvertrag für abgeschlossen erklären, dann erst besteht ein Darlehnsverhältniß; vorher habe ich einen Anspruch auf Abschließung des Darlehnsvertrages, aber nicht einen exekutorischen Anspruch auf das Geld. Ob der Geschäftsmann von dieser Darlegung viel begreifen wird, weiß ich nicht; jedenfalls aber wird er über diese unpraktische Schulweisheit sein gedankenvolles Haupt schütteln. Ist aber eine Konstruktion in der Lage, die offensichtlichen Bedürfnisse des Verkehrs zu befriedigen, während die andere Konstruktion zu kostspieligen Umwegen und unnöthigen Zwischenspielen führt, so ist damit gezeigt, daß die erste Theorie die richtige ist, und alle Gründe der Schulweisheit fallen damit von selbst zusammen.

Was man etwa entgegenhalten könnte, wäre, daß trotz eines solchen Vertrages ausnahmsweise der Anspruch auf Auszahlung des Geldes cessiren könne, sofern nämlich der Darlehnssucher in Vermögensverfall geräth. Aber offenbar ist das ein später eintretender Umstand und ein glücklicherweise nicht

[4]) Ungehorsam und Vollstreckung S. 148 f.

Digitized by Google

gerade tagtäglich eintretendes Verhängniß — seine Geltendmachung ist ganz eigentlich Sache der Vollstreckungsgegenklage, mit der eine vorläufige Verfügung verbunden wrrden kann. Ist das dem Kapitalisten zu streng, so soll er keine exekutorischen Urkunden ausstellen — diese sind kein Spielwerk, sie sind sehr ernste Dinge und sollen es sein.

Was sonst noch ausgeführt worden ist, wie z. B. die Eigenthümlichkeit, daß die Rückleistung die Vorleistung voraussetzt und daß darum bei der Klage auf Rückleistung die Behauptung der Vorleistung zum Klagegrunde gehört u. s. w., hat schon in meiner Abhandlung S. 283 seine Würdigung gefunden. Ferner wird es keiner Ausführung bedürfen, daß von meinem Standpunkte aus das Kostgeschäft sich richtig konstruiren läßt. Soll A am 1. Januar Papier liefern und B ebensolche Papiere am 1. Februar zurückliefern, so versteht es sich von selbst, daß, wenn A am 1. Januar nicht liefert, er auch am 1. Februar keinen Lieferungsanspruch gegen B hat und daher weder Papier noch Differenz verlangen kann; dagegen hat hier B das Recht, von A die Differenz zu verlangen, die sich zu seinen Gunsten ergeben würde, wenn geliefert worden wäre.

Von sonstigen praktischen Momenten wären noch etwa zu nennen: bei dem Darlehn als Realvertrag sei der Ort der Hingabe des Darlehns (nicht der Ort der Darlehnszusage) als Erfüllungsort zu betrachten,[5]) was beim Konsensualvertrage anders wäre; aber das ist unrichtig, denn es versteht sich auch beim Konsensualvertrage von selbst, daß der Ort der Hingabe im Zweifel der Ort der Rückgabe ist: im Wesen der Rückleistung ist es ja begründet, daß diese (im Zweifel) da erfolgt, wo die Vorleistung geschehen ist, auf daß beides parallel läuft; es versteht sich dies ebenso, wie daß die Rückleistung im Zweifel in der Art der Hingabe geschehen soll.

Endlich behauptet man, bei ungültigem Realdarlehen sei die condictio sine causa, beim Konsensualdarlehen die condictio indebiti begründet, und diese verlange den Nachweis des entschuldbaren Irrthums.[6]) Verlangt man aber zur condictio indebiti einen entschuldbaren Irrthum, so muß man ihn auch füglich dann verlangen, wenn auf Grund eines ungültigen Vorvertrags ein Realvertrag abgeschlossen worden ist, und nun dieser Realvertrag, der ja die Erfüllung des Vorvertrages bildet, angefochten werden soll.

Wo überall wir die Sache antasten, allüberall hat man mit lediglich imaginären Schwierigkeiten zu thun, die man sich doktrinell in die Quere gelegt hat, während das frische Leben die Lösung von selbst bietet.

Hiernach glaube ich nach wie vor, daß der Vorvertrag, also der Vertrag, worin sich Jemand verpflichtet, künftig einen Vertrag abzuschließen, im Verkehr nur eine verhältnißmäßig untergeordnete Rolle spielen kann; vornehmlich dann, wenn das Versprechen auf Abschließung eines Vertrages geht, der einer besonderen Form bedarf; und ferner wenn es darauf geht, ein Kreationsgeschäft,

---

[5]) Schey I. S. 39.
[6]) Schey I. S. 39.

Digitized by Google

z. B. einen Wechsel zu schaffen. In welcher Weise hier die Verpflichtung erzwungen wird, ist anderwärts ausgeführt worden.[7])

II.

Fr. 37 §. 6 de adq. rer. dom. und fr. 13 de donat.

Den scheinbaren Dissens von fr. 13 de donat. mit fr. 37 §. 6 de adq. rer. dom. möchte ich noch mit Donell (Commentarii V. 10 nr. 5 und 6) dahin ausgleichen, daß jedenfalls eine Mentalreservation des procurator außer Berücksichtigung bleibt: erklärt er, für den dominus annehmen zu wollen, so kann er im Innersten denken, was er will, das Recht kümmert sich nicht darum. Anders, wenn er das Gegentheil erklärt, also die Sache für sich oder für einen Dritten in Besitz nimmt. Dieser Fall aber, daß der procurator die Sache offen in seinem Namen in Empfang nimmt, während sie ihm doch für den dominus übergeben wurde, kann namentlich so vorkommen, daß der Mandant, ohne den procurator zu benachrichtigen, einfach dem bisherigen Besitzer Anweisung giebt, die Sache an den procurator zu schicken, und dieser sie in der Meinung in Empfang nimmt, daß sie für ihn sei. A hat ein Bild in der Ausstellung gekauft und giebt dort Anweisung, es an den Kunsthändler B zu schicken (damit dieser es etwa restaurirt und an A weitersendet). Bei der Ueberschickung wird vergessen, einen Geleitbrief mitzugeben, oder es geschieht im Geleitbrief des Auftrages des A keine Erwähnung. So kommt das Bild an den Kunsthändler B, dem schon mehrmals derartige Bilder angeboten wurden, und er schreibt sofort, daß er es zum ausgezeichneten Preise nehme.

Durch diesen Akt ist Eigenthum und Besitz noch nicht auf dominus A übergegangen; das Gegentheil wäre völlig sachwidrig. Nicht sachwidrig ist allerdings eine Behandlung, wie im französischen und englischen Recht, wornach schon mit dem bloßen Vertrag das Eigenthum übergeht. Nimmt man aber dies nicht an, verlangt man einen Besitzübergang, also eine Manifestation des Eigenthumsübergangs durch das Besitzverhältniß, so hat es natürlich nur dann Sinn, der Besitzbehandlung eine solche Bedeutung einzuräumen, wenn die Besitzbehandlung vom oder für den Eigenthumserwerber erfolgte. Wie, wenn etwa das Bild aus Versehen zweimal verkauft worden wäre und der procurator auch der Kommissionär des zweiten Käufers wäre und das Bild für diesen in in Empfang nähme? Das beweist klar die grundlegende Bedeutung des Besitzerwerbs und die Bedeutung der Erklärung beim Besitzerwerb. Auch wird die Kunsthandlung, wenn sie den Besitz für den A ergreift, ganz anders mit dem Bild umgehen, als wenn sie den Besitz für sich selbst oder etwa für einen Dritten erwürbe, der vielleicht eine ganz andere Behandlung des Bildes erwartet. Die Erklärung, für wen der Besitz erworben wird, ist nichts äußerliches; sie berührt den Besitzerwerbsakt im innersten Wesen.

Wie wichtig dies alles ist, zeigt sich, wenn der Mandant in Konkurs fällt. Man nehme den Fall: die Erklärung des Kunsthändlers ist am 1. Mai ein-

[7]) Ungehorsam und Vollstreckung S. 155.

Digitized by Google

getroffen, am 2. Mai macht der Mandant A Konkurs. Das Bild ist erst zu 1/3 bezahlt. Hier hätte nun zwar der unbezahlte Verkäufer, auch wenn Besitz und Eigenthum bereits übergegangen wäre, das right of stoppage, aber nur bei Distanz-, nicht bei Platzgeschäften. Bei einem Platzgeschäft wird darum die Frage brennend, ob das Eigenthum des Bildes bereits auf den A übergegangen ist.

Nach dem angeführten Sachverhalt nicht; denn die Erklärung der Kunsthandlung B hat nicht den Charakter einer Besitzergreifung zu Gunsten des A, zu Gunsten des nachmaligen Gantschuldners. Im Moment der Konkurseröffnung ist daher das Bild nicht Eigenthum des Gantschuldners, es fällt nicht in die Konkursmasse und die Gläubigerschaft hat keinen Anspruch darauf.

Eines ist noch beizufügen. Hat die Kunsthandlung das Bild auf Grund der (falschen und darum wirkungslosen) Erklärung in ihrem Gewahrsam, so kann sie jederzeit (vom Konkurs sei hier abgesehen) die Besitzergreifung zu Gunsten des A vollziehen und den A zum Besitzer machen, sofern nicht in der Zwischenzeit die Ausstellungskommission ihre Traditionserklärung widerrufen hat. Diese Besitzergreifung kann der Kunsthändler vollziehen ohne weitere Sachbehandlung, durch bloße Erklärung an die Ausstellungskommission; denn der Vertreter, der auf Grund einer Traditionserklärung im Gewahrsam ist, kann zu Gunsten seines dominus den Besitz durch bloße verbale Erklärung erwerben.[8])

[8]) Vgl. Arch. f. civ. Praxis Bd. 69 S. 190.

3.

Ueber die Form der Zeichnung des Vorstandes, insbesondere zur Auslegung des Artikels 229 Absatz 1 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Von Oberlandesgerichtsrath a. D. **Hergenhahn** (†) in Eisenach.

Der Artikel 229 Absatz 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs schreibt vor:

> „Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärungen kundzugeben und für die Gesellschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich."

Nach dieser Bestimmung in Verbindung mit dem negativen Inhalt des Artikels 209 über die nothwendigen Erfordernisse des Inhalts des Gesellschaftsvertrages ist zunächst soviel klar, daß der Gesellschaftsvertrag nicht nothwendig über die Form der Willenserklärungen und der Zeichnung des Vorstandes zu bestimmen braucht. In Ermangelung einer dahingehenden Bestimmung hat vielmehr die Kollektivzeichnung sämmtlicher Vorstandsmitglieder nach der Vorschrift des Schlußsatzes des Artikel 229 Absatz 1 einzutreten.

Wird dagegen eine Bestimmung in dieser Beziehung getroffen, so kann dies nur im Gesellschaftsvertrage geschehen, und muß alsdann die betreffende Bestimmung in Gemäßheit der Vorschrift des Artikel 210c Absatz 3 nach dem Eintrag des Gesellschaftsvertrags in das Handelsregister veröffentlicht werden.

Darüber aber, in welcher Weise diese Bestimmung in dem Gesellschaftsvertrage zu treffen ist, um der Vorschrift des Artikels

Digitized by Google

229 Absatz 1 zu genügen, herrscht kein Einverständniß; namentlich sind in dieser Hinsicht widersprechende Entscheidungen höherer Gerichtshöfe ergangen.

Es handelt sich dabei um die Frage: ob bei einem aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstand die Form der Zeichnung durch dieselben, ob einzeln oder kollektiv, im Gesellschaftsvertrag selbst ausdrücklich getroffen sein muß, oder ob diese Bestimmung dem jeweiligen Aufsichtsrathe statutarisch übertragen werden kann.

Letzteres nimmt das Kammergericht in seinem Beschluß vom 9. Juni 1890 (vergl. Johow, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Band X S. 34 ff.) als gesetzlich zulässig an, während die Entscheidung des Obersten Landesgerichts zu München vom 20. Februar 1886 (in Seufferts Archiv Band 41 S. 425/427 und Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Neue Folge, Band 31 S. 183) diese Zulässigkeit verneint und annimmt, daß ausschließlich im Gesellschaftsvertrag selbst die Bestimmung der Form der Zeichnung, ob einzeln oder kollektiv, gesetzlich statthaft, eine Uebertragung dieser Bestimmung auf den jeweiligen Aufsichtsrath sowohl dem Wortlaut als der Absicht des Gesetzes widerspreche.

Eine nähere Prüfung der Frage führt meines Erachtens zu dem Ergebniß, daß die Entscheidung des Kammergerichts sich mit der Wortfassung und der Absicht des Gesetzes nicht vereinigen läßt, daß vielmehr die Auffassung des Obersten Landesgerichts in München als die zutreffende erscheint.

Der Artikel 229 stellt in Absatz 1 als gesetzliche Norm bei dem Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder die Kollektivzeichnung auf, läßt aber zugleich der Autonomie der Gesellschaft die Freiheit der Regelung im einzelnen Falle in der Weise zu, daß sowohl die gesetzlich normirte Kollektivzeichnung, als auch die Einzelzeichnung statutarisch vorgesehen werden kann. Immerhin ist eine solche statutarische Bestimmung in der Intention des Gesetzgebers eine Ausnahme von der Regelnorm des Gesetzes, von der Kollektivzeichnung, wie überhaupt davon auszugehen ist, daß, wo der Vorstand als einheitliches Organ, sei es im Verhältniß zu Dritten, sei es im Verhältniß zu der Gesellschaft auftritt und auftreten muß, im Zweifel nur die sämmtlichen Vorstandsmitglieder den Vorstand

Digitized by Google

repräsentiren (vergleiche Ring, das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, II. Aufl. S. 539). Erachtete aber das Gesetz es im Interesse der Gesellschaft für angezeigt, ihrer Autonomie in der gedachten Beziehung freie Bewegung zu lassen, weil in einzelnen, gesetzlich aber nicht vorauszubestimmenden Fällen es dem Interesse der Gesellschaft mehr entsprechen kann, die Zeichnung für die Gesellschaft auf einzelne Vorstandsmitglieder zu übertragen, als eine Zeichnung nur durch sämmtliche Mitglieder, so ist doch, schon abgesehen von der Fassung des Gesetzes, anzunehmen, daß eine solche wesentliche Abweichung von der Norm des Gesetzes dem grundlegenden Gesellschaftsvertrag vorbehalten bleiben sollte. Eine Uebertragung dieser Bestimmung auf den jeweiligen, also wechselnden Aufsichtsrath, in dessen Ermessen jederzeit eine Aenderung der getroffenen Bestimmung liegen könnte, würde mit der Absicht des Gesetzes, aber auch mit dem wahren Interesse der Gesellschaft in Widerspruch stehen. Gerade die Bedeutung der Form der Willenskundgebung und der Zeichnung durch den Vorstand verlangt eine durchaus sichere, gegen jede leichte Aenderung gesicherte Grundlage, wie sie wohl durch eine im Gesellschaftsvertrag getroffene Bestimmung, nicht aber durch eine dem Ermessen des jeweiligen Aufsichtsraths überlassene jederzeitige Aenderung erzielt werden kann.

Diese Bestimmung der Form der Zeichnung durch den Gesellschaftsvertrag liegt sowohl im Interesse der Gesellschaft, als in demjenigen der Aktionäre und dritter Personen, welche nur durch die Veröffentlichung des die Form bestimmenden Inhalts des Gesellschaftsvertrages Kenntniß von der statutarisch beschlossenen Zeichnungsform bei dem Vorhandensein eines mehrgliedrigen Vorstandes erhalten. Die Motive zum Entwurfe des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 heben denn auch ausdrücklich hervor, daß die diesbezügliche Bestimmung, um der Gesellschaft gegenüber Wirksamkeit zu haben, in dem Gesellschaftsvertrage, und nur in diesem, Aufnahme finden muß (Motive zum ersten Entwurf S. 326f. und zum zweiten Entwurf S. 215).

Mit dieser Absicht des Gesetzes stimmt sodann auch die Wortfassung desselben überein. Der Wortlaut des Gesetzes: „in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form ꝛc." deutet mit Klarheit darauf, daß in dem Gesellschaftsvertrag selbst unzwei-

Digitized by Google

deutig die Form dahin bestimmt sein soll, ob bei dem Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder jedes einzelne, oder ob zwei beziehungsweise mehrere, oder ob nur sämmtliche Vorstandsmitglieder zur Zeichnung für die Gesellschaft berechtigt sein sollen. Dies erhellt auch aus dem Gegensatze im Schlußsatz des Absatzes 1, wonach in Ermangelung einer diesbezüglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nur Kollektivzeichnung gesetzlich statthaft ist. Hätte das Gesetz auch eine Uebertragung der Formbestimmung auf den Aufsichtsrath oder ein anderes Organ der Gesellschaft für zulässig erklären wollen, so hätte dies einen deutlichen Ausdruck im Gesetz gefunden oder jedenfalls finden müssen.

Prüft man diesen Erwägungen gegenüber die in dem Beschlusse des Kammergerichts geltend gemachten Gründe für die gegentheilige Auffassung, so muß sofort der erste Grund zu erheblichen Bedenken Veranlassung geben. Das Kammergericht geht nämlich von dem Gesichtspunkte aus, es sei dem Gesetze nichts zu entnehmen darüber, in welcher Weise diese Bestimmungen in dem Gesellschaftsvertrage getroffen werden können, ob insbesondere dieselben sofort nach allen Richtungen erschöpfende statutarische Regelung erfahren müßten oder ob hier die nähere Anordnung Dritten überlassen sein dürfe. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Allerdings bestimmt der angeführte Wortlaut des Gesetzes (Art. 229 Abs. 1) auch über die Art der Bestimmung in dem Gesellschaftsvertrag nämlich insofern, als derselbe die Form der Zeichnung für den Vorstand festsetzen kann. Unter dieser Form kann aber dem ganzen Zusammenhang nach, und insbesondere auch im Hinblick auf den bereits hervorgehobenen Gegensatz im Schlußsatz, der gesetzlich vorgesehenen Kollektivzeichnung, gar nichts Anderes verstanden werden, als eine Bestimmung darüber, ob Einzel- oder Kollektivzeichnung statutarisch vorgesehen werden soll. Eine Bestimmung über die Form der Zeichnung geschieht aber nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche keinenfalls dann, wenn dieselbe erst durch einen Dritten erfolgen soll. Würde die Bestimmung in der Weise im Gesellschaftsvertrag getroffen, daß die Form der Zeichnung, m. a. W. die Art und Weise derselben, dem Aufsichtsrath überlassen wird, so würde durch den Gesellschaftsvertrag nur ein Blankett gegeben sein, dessen Ausfüllung durch den Aufsichtsrath überhaupt erst eine Bestimmung über die Form der

Digitized by Google

Zeichnung treffen würde. Nicht durch den Gesellschaftsvertrag, sondern durch den Aufsichtsrath würde die Form der Zeichnung bestimmt sein.

Daß unter dieser Bestimmung der Form der Zeichnung nach Art. 229 Abs. 1 diejenige der Art und Weise der Zeichnung verstanden sein soll, ergiebt auch die Bestimmung in Art. 210c Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Juli 1884:

> „Ist im Gesellschaftsvertrage eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen kund giebt und für die Gesellschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen."

Nach dieser Vorschrift ist die Veröffentlichung der Bestimmung über die Form der Zeichnung geboten, „wie sie im Gesellschaftsvertrage selbst getroffen ist;" und zwar mit Rücksicht darauf, daß es für den Verkehr des Vorstandes, insbesondere mit Dritten, von wesentlicher Bedeutung ist, daß die Zeichnungsform nach der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages publizirt wird. Würde in dem letzteren nur die Bestimmung enthalten sein, daß der Aufsichtsrath die Form der Zeichnung bei dem Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder zu bestimmen habe, so würde die Veröffentlichung dieser Statutarbestimmung sehr geringe Bedeutung besitzen, da hierbei die Zeichnungsform selbst ohne Veröffentlichung bliebe. Denn die demnächst noch zu beleuchtende Schlußfolgerung des Kammergerichtsbeschlusses, daß es sich von selbst verstehe, daß eine solche Anordnung des Aufsichtsraths gleichfalls der Veröffentlichung in Gemäßheit des Art. 210c Abs. 3 unterliege, ist meines Erachtens, abgesehen von Anderem, schon deshalb nicht stichhaltig, weil nach dem ausdrücklichen klaren Wortlaut des Gesetzes nur die im Gesellschaftsvertrage selbst bestimmte Form der Zeichnung, nicht aber Anordnungen, welche von Organen der Gesellschaft in Folge einer solchen Bestimmung getroffen werden, zu veröffentlichen sind.

Kann sonach die negative Feststellung in dem angezogenen Beschlusse nicht für zutreffend erachtet werden, so ist das Gleiche der Fall mit den für die Auffassung des Kammergerichts vorgebrachten positiven Erwägungsgründen. Da direkte Gründe im Gesetz nicht dafür vorhanden sind, so sollen nach dieser Auffassung die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes (abgesehen von denjenigen in Art. 229,

Digitized by Google

Absatz 1 und 210c Absatz 3) den Schluß zulassen, daß die Autonomie der Gesellschaft „in dieser Beziehung", d. h. über die Frage, in welcher Weise die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage über die Form der Zeichnung getroffen werden könnten, nicht habe beschränkt werden sollen. Es sind im Wesentlichen zwei Hauptgesichtspunkte, welche in dieser Richtung geltend gemacht werden.

Wie nämlich das Gesetz, obwohl es verordne, daß die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden müsse, gleichwohl nicht gebiete, daß in demselben auch die Zahl der Vorstandsmitglieder Ausdruck finden müsse, vielmehr die nähere Art dieser Bestimmung der Entschließung der Gesellschaft völlig frei lasse, so sei nicht abzusehen, weshalb nicht in gleicher Weise im Gesellschaftsvertrage auch dem Aufsichtsrath, welcher eine beliebige Anzahl von Vorstandsmitgliedern einsetzen könne, die Befugniß solle eingeräumt werden können, je nach dem den einzelnen Vorstandsmitgliedern zu schenkenden Vertrauen die Kollektivvertretung anzuordnen oder ein Vorstandsmitglied als schon für sich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu erklären. Auch in dieser Richtung handele es sich, wie bei Bestimmung der Zahl von Vorstandsmitgliedern, wesentlich um Personalfragen, deren ein für alle Mal vorweg im Gesellschaftsvertrage vorzunehmende Regelung unthunlich sein könne. Bedingt sei diese Freiheit nur insofern, als der Gesellschaftsvertrag selbst sie gewähren müsse.

Diese Schlußfolgerung läuft meines Erachtens lediglich darauf hinaus, daß hier pro lege ferenda plaidirt wird; dagegen findet sie in den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen keinen Anhalt. Richtig ist allerdings, daß, wie vielfach geschieht, dem Aufsichtsrath ungeachtet der Bestimmung in Artikel 209 Absatz 2 Ziffer 5 die Bestimmung der Anzahl von Vorstandsmitgliedern überlassen werden kann, wofern nur im Gesellschaftsvertrage die Zusammensetzung des Vorstandes aus mehreren Mitgliedern angeordnet ist, deren Anzahl und Ernennung aber dem Aufsichtsrath überlassen wird. Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, daß nun auch die Bestimmung der Art und Weise der Zeichnung beim Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder dem Belieben des Aufsichtsraths zu überlassen sei. Diese Bestimmung ist durchaus in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung etwas Verschiedenes von der Bestimmung der Anzahl der Vorsteher. Hat

Digitized by Google

einmal der Gesellschaftsvertrag das Erforderniß eines aus mehreren Personen zusammengesetzten Vorstandes verordnet, so ist es nicht von fundamentaler Bedeutung, ob zwei oder mehrere Vorstandsmitglieder ernannt werden, weshalb diese Frage zweckmäßig dem Aufsichtsrathe im Einzelfalle zu entscheiden überlassen wird. Dagegen ist die Frage, ob Einzel- oder Kollektivzeichnung anzuordnen ist, von grundlegender Wichtigkeit, insbesondere im Verhältniß der Gesellschaft zu Dritten, sodaß es allerdings angezeigt erscheint, die Feststellung dieser Frage in dem Grundgesetz des Vereins, in dem Gesellschaftsvertrage, zu ordnen. Es handelt sich hierbei nicht, wie das Kammergericht annimmt, wesentlich nur um Personalfragen. Vielmehr kommen hierbei auch Fragen der Natur des Unternehmens, der Organisation des Vereins, Umfang des Geschäftsbetriebes und dergleichen in Betracht. Endlich ist aber auch hier die Vorschrift des Gesetzes durchschlagend. Wenn dasselbe bestimmt: im Gesellschaftsvertrage ist die Form der Zeichnung zu bestimmen, so ist es keine Bestimmung dieser Form, wenn nur statutarisch festgesetzt wird: der Aufsichtsrath hat die Art und Weise der Zeichnungsform zu bestimmen.

Ein weiteres Argument für seine Auffassung leitet das Kammergericht aus den Bestimmungen über die Anmeldung der Vorstandsmitglieder zum Eintrag in das Handelsregister (Art. 228) und darüber ab, daß eine Aenderung in der Zusammensetzung des Vorstandes sich gutgläubige Dritte mangels Eintragung in das Handelsregister und öffentlicher Bekanntmachung nicht entgegenhalten zu lassen brauchen (Art. 233). Es sei hiernach, da gemäß der Vorschrift in Artikel 13 Handelsgesetzbuchs allgemein die handelsgerichtliche Bekanntmachung der Registereintragungen in öffentlichen Blättern verordnet sei, der gutgläubige Dritte jedenfalls insoweit geschützt, als ihm über die Personen der Vorstandsmitglieder kein Zweifel, welcher Rechtswirkung hätte, aufkommen dürfe.

So zutreffend diese Ausführungen auch sein mögen, so folgt doch hieraus für die in Rede stehende Frage nichts. Daraus, daß die Publizität der Vorstandsmitglieder gesetzlich vorgesehen ist, folgt an sich nicht, daß auch die Zeichnungsform bei mehreren Vorstehern hierdurch öffentlich kundgegeben sei. Das Kammergericht sieht sich deshalb auch genöthigt, eine Auslegung der Vorschrift des Artikel 210c Absatz 3 dahin zu geben, daß nach derselben auch die Anordnung

Digitized by Google

des Aufsichtsraths wegen der Zeichnungsform der Veröffentlichung unterliege.

Diese Auslegung ist aber eine mit dem deutlichen Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbare, gekünstelte; die Rechtfertigungsgründe für dieselbe erbringen dagegen Anhaltspunkte für die diesseitige Auffassung.

Nach den Ausführungen in dem Beschlusse verlange der Art. 210c bei statutarischer Bestimmung der Form, in welcher der Vorstand seinen Willen erkläre, Veröffentlichung dieser Bestimmung durch das Handelsgericht. Werde nun daran festgehalten, daß die nähere Ausführung dieser Bestimmungen einem Geschäftsorgane, wie dem Aufsichtsrathe, überlassen bleiben dürfe, so verstehe es sich von selbst, daß, soweit die Bestimmung des Aufsichtsrathes hier die statutarische Festsetzung ergänze, soweit sie der letzteren erst den konkreten Inhalt im Einzelfalle gebe, auch diese Ausführungsanordnung der Veröffentlichung in Gemäßheit des Artikel 210c unterliege.

Wie bereits bemerkt, verstößt diese Auslegung gegen den klaren Wortlaut der angeführten Gesetzesstelle. Vorgeschrieben ist lediglich die im „Gesellschaftsvertrage bestimmte Form" der Zeichnung; von einer ausführenden Anordnung des Aufsichtsrathes oder eines anderen Gesellschaftsorganes ist keine Rede. Es versteht sich deshalb gar nicht von selbst, wie es in dem Beschlusse heißt, daß auch diese sogenannte Ausführungsanordnung zu veröffentlichen ist. Nimmt man aber dies gleichwohl an, so unterstellt man dem Gesetz die Absicht, daß von demselben eine zweifache Veröffentlichung gewollt sei, einmal die Publikation der statutarischen Ueberlassung der Bestimmung der Zeichnungsform an den Aufsichtsrath, und zweitens die Veröffentlichung der von dem Aufsichtsrath getroffenen Anordnung wegen der Form der Zeichnung. Es bedarf keiner Ausführung, daß eine solche Intention dem Gesetz ferne liegt, indem nichts Ueberflüssiges veröffentlicht werden soll.

Unzutreffend ist auch die Erwägung des Kammergerichts, daß es sich bei der Bestimmung des Aufsichtsrathes um eine Ergänzung der statutarischen Festsetzung, sowie darum handle, daß diese Bestimmung erst der letzteren den konkreten Inhalt im Einzelfalle gebe. Wenn der Gesellschaftsvertrag lediglich festsetzt, daß die Bestimmung der Zeichnungsform dem Aufsichtsrathe überlassen bleibe, so ergänzt

Digitized by Google

die betreffende Anordnung nicht die statutarische Festsetzung, sondern sie trifft selbst die Bestimmung, in welcher Art und Weise zu zeichnen ist. Das Argument, daß diese Bestimmung des Aufsichtsrathes der statutarischen Festsetzung alsdann erst den konkreten Inhalt im Einzelfalle gebe, bestätigt vielmehr die diesseitige Auffassung, daß eine bloße Ueberlassung der Bestimmung an den Aufsichtsrath überhaupt noch keine Bestimmung über die Art und Weise der Zeichnung, über die Zeichnungsform treffe, daß der Gesellschaftsvertrag in solchem Falle nur ein Blankett ertheilt, dessen Ausfüllung durch den Aufsichtsrath überall erst die Wirkung herbeiführt, welche das Gesetz dem Gesellschaftsvertrag vorbehalten hat.

Was die Frage anbelangt, welche Auffassung in der Literatur vertreten wird, so ist es zunächst auffallend, daß sowohl das Kammergericht, als das Oberste Landesgericht zu München sich für ihre direkt widersprechenden Ansichten auf Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften, berufen. Es ist von Interesse, dies Räthsel zu lösen. Von vornherein ist anzunehmen, daß ein Schriftsteller von der Bedeutung Renaud's auf dem Gebiete des Aktienrechts nicht die beiden sich widersprechenden Ansichten aufgestellt haben wird. Die Lösung des Räthsels muß deshalb auf anderem Wege versucht werden.

Das Kammergericht bezieht sich für seine Ansicht von der Unrichtigkeit der Entscheidung des Obersten Bayerischen Landesgerichts auf Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften, zweite Auflage, S. 548, während das letztere sich zur Rechtfertigung seiner Entscheidung auf Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften S. 521 beruft. Diese letztere Bezugnahme kann sich nur auf die erste Auflage des angezogenen Werkes beziehen. An dieser Stelle wird von der Gestaltung der Verhältnisse gehandelt, wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht. Dabei wird der Regelung der Vertretung und der Form der Zeichnung, wie sie in den Statuten bestimmt wird, ob kollegialisch oder mit dem Recht der Einzelzeichnung, die gesetzliche Normirung der Kollektivvertretung und Kollektivzeichnung gegenübergesetzt. Dieselbe Ausführung findet sich in der zweiten Auflage auf S. 585, wo von der Vertretung der Gesellschaft nach außen die Rede ist.

Die von dem Kammergericht angezogene Stelle (S. 548)

Digitized by Google

handelt von der Form der Wirksamkeit des Vorstandes und lautet wörtlich: „Auch überlassen einzelne Statuten die Bestimmung der Art und Weise, wie der Vorstand im Ganzen oder dessen einzelne Mitglieder thätig sein sollen, einer Geschäftsordnung, die bald jener zu erlassen und zur Kenntniß der Generalversammlung zu bringen hat, bald der Aufsichtsrath aufstellen soll. Wo aber weder eine solche Geschäftsordnung erlassen ist, noch auch die Statuten die Art und Weise, wie die mehreren Vorsteher neben- oder miteinander wirken sollen, bestimmen, ist zu Zeichnungen für die Gesellschaft die Unterschrift sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes erforderlich."

Meines Erachtens erhellt weder aus dieser Stelle, noch aus den von dem Obersten Landesgerichte zu München angezogenen Stellen mit Bestimmtheit, welche Auffassung Renaud über die Auslegung des Artikel 229 Absatz 1 insofern getheilt hat, ob es gesetzlich statthaft sei, die Form der Zeichnung, ob Einzel- oder Kollektivzeichnung, durch Uebertragung auf den Aufsichtsrath bestimmen zu lassen. Die Anführung, daß manche Statuten die Bestimmung der Art und Weise, wie der Vorstand im Ganzen oder dessen einzelne Mitglieder „thätig" sein sollen, durch Aufstellung einer Geschäftsordnung, sei es durch den Vorstand, sei es durch den Aufsichtsrath, regeln lassen, kann keinenfalls dafür herangezogen werden, daß der Artikel 229 Absatz 1 in dem von dem Kammergericht ausgesprochenen Sinne zu verstehen sei.

Es ergiebt sich hiernach als Resultat, daß von Renaud überhaupt keine Auslegung der angeregten Gesetzesbestimmung in der bestrittenen Richtung gegeben ist.

Andererseits sprechen sich aber Endemann (Handelsrecht 3. Auflage S. 281 Nr. 6: „Die Einzelvertretung, der Ausschluß der Gesammtvertretung kann bei einem mehrgliederigen Vorstande zwar eingeführt werden, bedarf aber immer einer ausdrücklichen Bestimmung im Statut oder dessen Aenderung."), von Völderndorff (Kommentar zum Aktiengesetz vom 18. Juli 1884 zu Artikel 229 S. 719 I), Kayser (Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 1. Auflage S. 122), Esser II (dasselbe Gesetz, erläutert, 5. Auflage S. 172 Note 1), Petersen u. von Pechmann (Kommentar zum Aktiengesetz S. 486) übereinstimmend dahin aus, daß eine Vorschrift des Gesellschafts-

Digitized by Google

vertrages, nach welcher der Aufsichtsrath die Form der Zeichnung zu bestimmen habe, den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche, da nach denselben der Gesellschaftsvertrag die Form, in welcher der Vorstand zeichne, enthalten solle. Auch Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I S. 845 Note 11, spricht sich für die gesetzliche Unzulässigkeit der Uebertragung auf den Aufsichtsrath aus; auch die Generalversammlung könne ohne eine Statutenänderung Abweichungen von dem gesetzlichen Grundsatze der Kollektivvertretung nicht beschließen. Staub (Kommentar zum H.-G.-B. S. 483) ist gleichfalls dieser Ansicht. Dagegen tritt Ring (Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage S. 538, 539) der gegentheiligen Auffassung des Kammergerichts bei. Sind aber derartige Delegationen an den Aufsichtsrath nach dem Gesetze unstatthaft, also wirkungslos, so können etwaige Anweisungen dieses Gesellschaftsorgans den Vorstand nicht verpflichten. Wenn Petersen und von Pechmann (S. 486) trotzdem den Vorstand nach der Vorschrift des Art. 231 Absatz 1 für verpflichtet erkläre, derartigen Anordnungen des Aufsichtsraths nachzukommen, so kann dies nicht für zutreffend erachtet werden. Der Artikel 231 Absatz 1 setzt jedenfalls gesetzlich zulässige Anordnungen voraus, welchen der Vorstand Folge zu leisten hat. (Vgl. auch Hergenhahn, der Vorstand der Aktiengesellschaft S. 79 und Staub, a. a. O. S. 483).

Digitized by Google

4.

Kommissionen, Komitees, Ausschüsse.

Von Dr. jur. **Krückmann** in Göttingen.

Inhaltsverzeichniß.

		Seite
§. 1.	Römisches Recht	68
§. 2.	Deutsches Recht, die verschiedenen Arten und ihr Gemeinsames	69
§. 3.	Fortsetzung, die Kommission	73
§. 4.	Fortsetzung, das Komitee	111
§. 5.	Die beschränkte Haftung	129
§. 6.	Das bürgerliche Gesetzbuch	163

Verzeichniß der Abkürzungen.

Dernburg	Dernburg, Pandekten.
Windscheid	Windscheid, Pandekten.
Brinz	Brinz, Pandekten.
Bekker	Bekker, Pandekten.
Stobbe	Stobbe, Deutsches Privatrecht.
Puchta	Puchta, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen II S. 471 ff.
Regelsberger	Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Civilrechtes, Sonderabdruck aus der Festgabe für v. Ihering.
v. Ihering	v. Ihering, Jahrbuch für Dogmatik XVIII S. 1 ff.
Ehrenberg	Ehrenberg, Beschränkte Haftung.
Schröder	Schröder, Endemann's Handbuch IV §. 56 ff.
Mittelstein	Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht.
Goldschmidt	Goldschmidt, System des Handelsrechts.
Gaupp	Gaupp, Kommentar zur C.-P.-O.
Oertmann	Oertmann, Das beneficium separationis im römischen und heutigen Recht. Grünhuts Zeitschrift XVII S. 257 ff.
Bertheau	Bertheau, Das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger. Göttinger Dissertation 1891.

Digitized by Google

§. 1. Römisches Recht.

Das römische Recht ist erfüllt von den Männerschaften, den duumviri—centumviri. Theilweise bezeichnen diese Namen Gebilde, die wir heute Kommissionen nennen würden. So sind z. B. die Decemvirn die Vorläufer unserer Kommissionen für das bürgerliche Gesetzbuch und andere Kodifikationen. Die triumviri coloniae deducendae, Liv. IV 11. 15; VI 21, 4; VIII 16, 14; oder triumviri agro dando Liv. III 1, 6, agro assignando XXI 25; 3 u. s. w. sind Vorläufer der Ansiedlungskommission und der Generalkommission, welche in Preußen der inneren Kolonisation dienen. Diese genannten Kommissionen sind echte Behörden. Nichts anderes sind alle übrigen Männerschaften des römischen Rechts, sie sind theils wie die Centumvirn ein Richterkollegium, theils wie die tresviri und septemviri epulones ein Priesterkollegium, theils Beamte anderer Art z. B. triumviri capitales, nocturni, monetales u. s. w. Es liegt auf der Hand, daß alle diese Vereinigungen staatliche Behörden sind und diese Abhandlung von ihnen keinen Vortheil ziehen kann. Andere Bildungen, welche unseren Ausschüssen entsprechen, sind mir nicht bekannt. Die bei Liv. II 42, 5; IV 34, 5 und anderswo erwähnten decemviri aedibus faciendis sind eine in den Tributkomitien erwählte Kommission, welche einen Tempelbau zu vergeben und die Dedikation eines Heiligthums zu besorgen hatten. Ihre Bestellung durch die Tributkomitien beweist, daß wir es hier nur mit staatlichen Beamten zu schaffen haben.

Aus dem römischen Recht läßt sich nichts entnehmen und wir sind daher gezwungen, uns auf die Bildungen des heutigen Lebens zu beschränken.

Digitized by Google

§. 2. Deutsches Recht.

Aus jeder Zeitung sind die öffentlichen Bitten um milde Gaben zu irgend einem wohlthätigen Zwecke bekannt. Ein Brandunglück, dauernde Krankheit des Ernährers u. s. w. hat arme Leute ins Unglück gestürzt und ein mitleidiger Mensch wendet sich an die Mildthätigkeit seiner Mitbürger, um den Unglücklichen ihr Loos zu erleichtern. Die Geistlichkeit zumal hat sich dieser Art Hülfeleistung angenommen. Der Pastor sammelt Gaben für die Bedürftigen. Sehr häufig ist aber der zu heilende Schaden von solchem Umfange, daß ein Einzelner mit seiner Arbeitskraft nicht ausreicht. Hier hilft die Vereinigung ad hoc, der Ausschuß. Ausschüsse haben wir in Thätigkeit gesehen, um Gaben für die Ueberschwemmten am Rhein, an der Elbe, an der Weichsel oder der Seeküste, für die Opfer des Erdbebens von Casamicciola, des Brandes von Aussig, für die durch ein umfängliches Schiffsunglück Geschädigten u. s. w. zu sammeln. Ausschüsse bilden sich noch zu anderen Zwecken, z. B. zur Feier des Sedanfestes, eines Turner-, Sänger-, Schützenfestes u. s. w., zur Abhaltung eines Vergnügens, z. B. eines Balles, zur Durchführung einer Ausstellung u. s. w. Die gleichmäßig wiederkehrende Natur aller dieser Erscheinungsfälle unterscheidet den Ausschuß vom Verein dadurch, daß er sich immer nur ein ganz genau individualisirtes und daher beschränktes, niemals ein allgemeines Ziel setzt. Die Zweckberedung des Vereins, z. B. eines geselligen Vereins, ist, wo Verein und Ausschuß gleichartige Ziele verfolgen, allgemeiner Natur und unterstellt ein dauerndes Bedürfniß. Dieser Unterschied zeigt sich unter Umständen darin, daß z. B. aus der Mitte eines geselligen Vereins sich häufig ein Ausschuß bildet, einen Ball oder ein sonstiges Vergnügen zu arrangiren. Ein solches Unternehmen wäre an sich mit den Zwecken des Vereins und seiner Organisation völlig im Einklang, aber nach dem Prinzip der Arbeitstheilung empfiehlt sich die Aussonderung einer Vereinigung ad hoc umsomehr, als vielfach die eigentlich zur Durchführung berufenen Organe dem konkreten Zweck aus äußerlichen Gründen z. B. Alter, soziale Stellung, Mangel an Zeit u. s. w. nicht dienen können oder wollen.

Ein anderer Unterschied von Ausschuß und Verein ist, daß der jeweilige Zweck mit einfachen resp. nur mit umständlichen Mitteln

Digitized by Google

zu bewältigen ist. An sich läßt sich ein Ausschuß zur Erbauung eines Bismarckthurms ebenso wohl denken, wie ein in Göttingen bestehender Verein zu demselben Zweck oder wie ein Ausschuß zur Unterstützung der Ueberschwemmten am Rhein. Nothwendig ist es nicht, in diesen und ähnlichen Fällen einen Verein und keinen Ausschuß zu bilden. Aber de facto wird immer der Verein gewählt werden, trotzdem es sich nicht um einen allgemeinen, sondern einen höchst konkreten, genau individualisirten Zweck handelt. Darum muß gerade die Vereinsbildung ihren besonderen Grund haben.

v. Ihering S. 22 sagt: „Das Rechtsverhältniß der Mitglieder untereinander kann ein Sozietätsverhältniß sein, braucht es aber nicht zu sein." An Stelle des Sozietätsvertrages muß richtiger der Vereinsvertrag gesetzt werden, da ersterer eine zu enge Bedeutung hat. Andererseits bin ich der Meinung, daß ein Ausschuß und ein Verein sich ausschließen. Es werden freilich bei der Geschäftsvertheilung sehr häufig von den Mitgliedern freiwillig untereinander bestimmte Leistungen vertragsmäßig übernommen. Jedoch handelt es sich hier um gewöhnliche Leistungsverträge ad hoc von äußerst mannigfaltiger Natur. In Bestand und Inhalt sind sie so wenig mit dem Wesen der Ausschüsse nothwendig verknüpft, daß von ihnen abgesehen werden kann.

Ich habe in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes XXXVII S. 222, 223, 227, 228 den Unterschied von Verein und Ausschuß in der festen Geschlossenheit des ersten und in der losen Verbindung des zweiten gefunden und halte diese Ansicht vorbehaltlich einer unten S. 102 zu erörternden Ausnahme auch jetzt noch aufrecht; ich verweise noch insbesondere auf S. 224, 225, wo dargelegt ist, daß fast immer mittelst des Vereinsvertrages verwickelte Verhältnisse bewältigt werden sollen. In der That je größer, umfänglicher resp. auch innerlich schwieriger die von der Vielheit erwählte Aufgabe ist, desto mehr empfiehlt sich der Verein mit seiner straffen Zentralisation aller Kräfte; ferner ist allein seine Organisation einer Aufgabe gewachsen, die zu ihrer Durchführung einer gewissen Zeitdauer bedarf. Denn der Verein verträgt den unvermeidlichen Personenwechsel, ohne in seinem Bestande angegriffen zu werden. Er bleibt der alte Verein, das alte Subjekt aller Rechte und Verbindlichkeiten, denn in ihm funktionirt der

Digitized by Google

Organismus nicht die Person und darum bringt der Personenwechsel an sich keine funktionellen Störungen mit sich. Betrachten wir dagegen die Ausschüsse, so fällt schon beim ersten Anblick das Hervortreten resp. Ueberwiegen des persönlichen Elements ins Auge. Der Verein verdeckt den Einzelnen, die Bedeutung, der Einfluß, der Kredit, der Erfolg des Ausschusses beruht lediglich auf den persönlichen Eigenschaften der Mitglieder. Bei der Bildung von Ausschüssen ist es stets ein Hauptziel, möglichst Personen von hohem Ansehen, anerkannter Tüchtigkeit, bedeutenden Mitteln und bester sozialer Stellung zu gewinnen. Es sind bei Weitem nicht alle Personen, welche man unbedenklich in einem Wohlthätigkeits-, gemeinnützigen Verein u. dergl. aufnimmt, geeignet, in einen entsprechenden Ausschuß einzutreten. Hier ist der Name des Betheiligten von so großer Bedeutung, daß die Theilnahme eines übel berufenen Menschen unter Umständen einen ganzen Ausschuß zu diskreditiren vermag. In einem Verein würde ein Solcher spurlos verschwinden und seine Theilnahme nicht schaden. Hiermit steht im Zusammenhang, daß die Ausschüsse sich zunächst über die Persönlichkeit ihrer Mitglieder ausweisen, zum mindesten in ihren ersten und überhaupt in ihren wichtigeren Bekanntmachungen ihre Mitglieder dem Publikum vorzustellen pflegen. Je bessere Namen in dem Ausschuß, desto besser der Eindruck. Die Bedeutung des persönlichen Elementes, zeigt sich am schärfsten in der beschränkten und festen Mitgliederzahl. Nicht Jeder ist geeignet in einen Ausschuß einzutreten und nicht Jeder ist den Uebrigen erwünscht. Der Ausschuß ist aristokratisch, der Verein demokratisch. Ersterer verträgt den Personenwechsel nicht. Die Männer, welche das persönliche Vertrauen des Publikum für sich haben, müssen die Vereinigung bis zum letzten Augenblicke stützen. Dieser Erkenntniß bringt man die Möglichkeit des beliebigen Personenwechsels zum Opfer. Die Mitgliederzahl ist geschlossen. Man sucht möglichst jeden Verlust zu vermeiden und macht andererseits von der Kooptation sehr selten Gebrauch. Jedenfalls wird diese nur mit sehr großer Vorsicht vorgenommen.

Die Bedeutung des persönlichen Momentes ist auch Puchta und Bekker nicht entgangen. Puchta S. 374 sagt: „Männer, welche das öffentliche Vertrauen genießen, treten zu einem Komitee

Digitized by Google

zusammen" und bei Bekker II S. 285 heißt es: „Wer jetzt zu Sammlungen beisteuert, thut dies im Vertrauen auf die ehrliche Zuverlässigkeit der Sammler." Puchta S. 478 geht sogar soweit, die Sammler hinsichtlich der ihnen übertragenen Geschäftsführung mehr eine moralische als juristische Verantwortlichkeit übernehmen zu lassen.

Ist nun auch zuzugeben, daß das persönliche Moment wesentlich bei Sammelausschüssen hervortritt, so ermangelt seine Bedeutung bei anderen Ausschüssen doch keineswegs. Nehmen wir nur einmal ein Komitee als Beispiel, welches sich bildet, um ein Rennen oder das Fest eines großen Verbandes von Feuerwehren, Kriegern, Turnern, Schützen vorzubereiten und ins Werk zu setzen. Wenn nicht irgendwelche Namen von gutem Klang das Unternehmen decken, hat dasselbe in den Augen des Publikums keinen moralischen Kredit.

Um die Pferdezucht zu heben, werden vielfach Pferdemärkte mit anschließender Pferdelotterie veranstaltet z. B. in Marienburg, Stettin, Neubrandenburg, Frankfurt a. M., Schneidemühl u. s. w. Alle diese Unternehmungen liegen in den Händen von Ausschüssen, jedoch kann man dieselben nicht eigentlich als ausschließliche Sammelkomitees bezeichnen. Eher ist dies zulässig bei jenen Ausschüssen, welche jahrelang die Lotterien zum Ausbau unserer Dome und Münster leiteten und auch bei dem bekannten Komitee zur Antisklavereilotterie und allen gleichartigen Erscheinungen. Diese letzteren sammelten allerdings in besonderer Form, waren jedoch echte Sammelkomitees und auf ihren Loosen standen regelmäßig mehrere Namen von angesehenen Männern angegeben. Dies gilt aber gewöhnlich nicht von einem Sportausschuß zur Veranstaltung eines Pferderennens, eines Wettturnens, -ruderns, -schwimmens u. s. w., auch nicht von einem Komitee zur Abhaltung eines Pferdemarktes. Diese Ausschüsse bedürfen weniger kaufmännischen Kredit als sportsmännischen Ruf zur Unterstützung, ohne Rücksicht auf ihre sonstigen moralischen, finanziellen u. s. w. Qualifikationen. Der Ruf des Komitees, d. h. der Unternehmer, soll Wettkämpfer, auf den Pferdemärkten Käufer und Verkäufer herbeilocken u. s. w. Wer würd z. B. einer Einladung zu einem Wettrudern nach Hamburg folgen, wenn dieselbe von irgend einem in der Sportswelt unbekannten

Digitized by Google

Namen ausgeht? Wir sehen also, daß auch da, wo es nicht auf das Sammeln von Beiträgen ankommt, das persönliche Moment von Bedeutung bleibt, wir dürfen aber nicht verkennen, daß gewählte Ausschüsse mit Hintermännern gerade an diesen letzteren eine besondere moralische Stütze haben, so stand z. B., wenn ich nicht sehr irre, hinter mehreren Dombaukomitees als Hintermann ein Dombauverein. Jedoch ist hierbei zu beachten, daß bestellte Ausschüsse nur den von ihren Hintermännern befolgten Zwecken dienen und wegen dieser Unselbständigkeit ihres Lebenszweckes ihre beste Legitimation von dem Vertrauensvotum ihrer Hintermänner erhalten. Dadurch wird aber die Bedeutung des persönlichen Momentes nicht herabgedrückt, denn nur der Grund, auf welchem die persönliche Vertrauenswürdigkeit der Mitglieder beruht, ist ein anderer.

Man hat überhaupt zu bedenken, daß die Frage des persönlichen Vertrauens im Grunde wesentlich mit jener allgemeineren identisch ist ob ein Kontrahent überhaupt Vertrauen verdient. Ist ein Ausschuß als solcher Kontrahent, so daß nur er in den Verhandlungen hervortritt, so fragt es sich, ob seine Kreditwürdigkeit auf den Personen seiner Mitglieder oder auf irgend etwas anderem beruht. Das Erste ist entschieden zu bejahen.

Ob und inwiefern der Unterschied vom bestellten und selbständigen Ausschuß sich auch juristisch geltend macht, soll die spätere Untersuchung zeigen. Hier nur noch ein Wort über die befolgte Terminologie. Den bestellten Ausschuß nenne ich Kommission, wie ja auch die Kommissionen für Prüfungen, Ausarbeitung von Gesetzentwürfen, die Ansiedlungs-, die Generalkommission u. s. w. bestellte Ausschüsse sind. Die Besteller, Wähler heißen Hintermänner. Die Komitees sind selbständige Ausschüsse ohne Hintermänner, an Stelle der Letzteren treten, da nur Sammelkomitees uns interessiren, die Geber. Diejenigen, welche ohne Hintermänner oder Geber zu sein, mit den Ausschüssen in Beziehung treten, werden Dritte genannt.

§. 3. Fortsetzung, die Kommission.

Wir haben uns zunächst zu erinnern, daß sich diese ganze Untersuchung grundsätzlich auf dem Boden des gemeinen Rechtes bewegt und mangels abweichender Angaben nur auf dieses die folgenden Ausführungen zu beziehen sind.

Digitized by Google

Ausgeschlossen von der Erörterung sind die Fälle der erkennbaren direkten Stellvertretung und die staatlichen Kommissionen. Diese letzteren sind Kollegialbehörden ad hoc und müssen darum ausscheiden. v. Ihering in seinem bekannten Gutachten hat folgenden Thatbestand einer Kommission als Vorlage gehabt. S. 45. Zuerst bildet sich in der Schweiz eine Initiativgesellschaft der Gäubahn zur Vornahme der technischen, kommerziellen und finanziellen Vorarbeiten und zur Gründung einer definitiven Baugesellschaft. Sie erwählt ein Initiativkomitee von 21 Mitgliedern, welches die Vorarbeiten ausführen soll. Dieses dehnt das Projekt aus und beschließt, zu dessen Verfolgung ein internationales Komitee zu bilden, bestehend aus dem Initiativkomitee, Abgeordneten der interessirten Gemeinden, der Regierung, der Städte Solothurn und Olten, ohne daß das bisherige Gäubahnkomitee darin aufgehen sollte. Dieses konstituirte sich als internationales Vorbereitungskomitee und bestellte später aus seiner Mitte einen Exekutivausschuß. Dieser sicherte sich die finanziellen Mittel zur Ausführung der Bahn theils durch Zeichnungen der betheiligten Gemeinden, theils durch Vertrag mit einem Konsortium. Das internationale Komitee hat später den streitigen Vertrag geschlossen.

Wir haben hier drei Bildungen, das von der Initiativgesellschaft gewählte Initiativkomitee, das internationale Komitee und den von letzterem bestellten Ausschuß. Sämmtliche Komitees und Ausschüsse sind Kommissionen, auch das internationale Komitee. Dieses ist bestellt von den verschiedensten Hintermännern, aber durch Abordnung ihres Mitgliedes in das Komitee hat jede Stadt u. s. w. das ganze Komitee anerkannt, als ob sie auch alle übrigen Mitglieder bestellt hätte. Dadurch sind alle Komiteemitglieder von allen Hintermännern genehmigt, denn wenn einigen Hintermännern die von anderen bestellten Mitglieder nicht paßten, so konnten sie auf Entfernung derselben dringen oder sie mußten sich vom Komitee ausschließen. Thaten sie dieses nicht, so mußten sie alle Handlungen des Komitees, an denen ja gerade die fremden Mitglieder betheiligt sind, gegen sich gelten lassen, soweit nicht das Komitee seine Befugnisse überschritt.

Andererseits anerkannte, in dem Zusammentreten mit den Uebrigen, jeder Abgeordnete auch die Hintermänner der

Digitized by Google

Uebrigen, denn schlossen sich die Mitglieder zur Kommission zusammen, so konnten sie das auch nur gegenüber allen Hintermännern thun. Nur die Form der Wahl unterscheidet das internationale Komitee von den aus einer Versammlung hervorgegangenen Ausschüssen. In der Versammlung nimmt Jeder an der Wahl eines Jeden Theil, dadurch ist sein Wahlrecht zugleich extensiv erweitert und intensiv beschränkt. Im Gegensatz zu dieser Abordnung aus dem Zentrum gibt die Abordnung aus der Peripherie jedem Hintermann das Recht ausschließlich einen, seinen eigenen Abgeordneten zu wählen und wieder abzurufen. Jedoch wird im Uebrigen das Rechtsverhältniß durch die Entstehungsform nicht beeinflußt.

v. Ihering S. 21 hat sich mit durchschlagenden Gründen ganz allgemein gegen eine direkte Stellvertretung der Hintermänner durch die Kommission erklärt, so daß ich auf seine Darstellung verweisen darf. Nur verwechselt er Hintermänner und Geber. Abgesehen von anderen Momenten, die wir später kennen lernen werden, ist diese Verwechselung jedoch bei Lichte besehen rein sprachlicher Natur, denn wenn der Ausschuß kein Sammelkomitee ist, so hat er eben von seinen Hintermännern die zur Durchführung seiner Zwecke unentbehrlichen Mittel ausgezahlt oder bindend zugesagt erhalten. Er ist diesen zum zweckmäßigen Handeln verpflichtet, als wenn er das Geld von Dritten gesammelt hätte.

Die von v. Ihering aufgedeckten Bedenken, welche ihn gegen direkte Stellvertretung Stellung nehmen ließen, würden jedenfalls dort durchgreifen, wo die Hintermänner einer Kommission keinen geschlossenen Verband darstellen. Da es jedoch offenbar unerheblich ist, ob die Kommittenten unter sich in irgend welcher Verbindung stehen, jedenfalls das Verhältniß der Kommittenten zum Ausschuß nicht nothwendig dadurch beeinflußt wird, muß überall zutreffen, was einmal gilt: Die Kommission vertritt niemals direkt ihre Hintermänner, es sei denn das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht.

Sollte nicht gerade das Wort Komitee, Kommission darauf hindeuten, daß eine direkte Stellvertretung nicht beabsichtigt ist?

Ist somit die Grenze nach dieser Seite abgesteckt, drängt sich uns nothwendig die von v. Ihering schon gezogene Folgerung auf,

Digitized by Google

daß wir es mit der sogenannten indirekten Vertretung des Kommissionärs zu thun haben.

Für dieselbe spricht, daß auch da, wo keine Sammlungen vorliegen, die Hintermänner der Kommission wenigstens in den Geschäften derselben nicht hervortreten.

Die Kommission handelt stets in eigenem Namen, mag ihre Kreditwürdigkeit auch immerhin von der durch ihre Hintermänner ihnen ertheilten Legitimation gehoben werden.

Die Thatsache, daß hinter der Kommission andere Personen stehen, hebt lediglich den persönlichen Kredit der Mitglieder und nur dieser kommt in Frage. Man betrachte einmal die Gäubahnausschüsse, z. B. den Exekutivausschuß. „Dieser sicherte sich die finanziellen Mittel." Noch mehr zeigt sich dies beim internationalen Komitee; dieses schließt die streitigen Verträge ab und über seine Prozeßfähigkeit ist die Kontroverse entstanden.

Von den Hintermännern ist nirgends die Rede. Man sehe auch noch auf folgendes Beispiel. Der Kreis-, Gau-, Provinzial- u. s. w. Verband der Turner, Feuerwehren, Schützen, Krieger u. a. will sein Verbandsfest in A. feiern. Natürlich trifft die dortigen Verbandsmitglieder die Sorge für das Nothwendige und es bilden sich die bekannten Fest-, Finanz-, Wohnungs- u. s. w. Komitees, Ausschüsse „zur Vorbereitung des Verbandsfestes der . . . . . ." Daß hinter diesen Ausschüssen andere Personen stehen, stehen müssen, ist auf den ersten Blick klar, irgend welche beliebige Dritte können nicht befugt sein, das Verbandsfest zu arrangiren; aber ist der Ortsverein oder der ganze Verband der Hintermann? Dies ist dem Publikum regelmäßig vollständig unbekannt, aber auch ohne Interesse für dasselbe, denn es hält sich nur an die in den Ausschüssen und Komitees vereinigten Personen. Nur diese se interponunt. Dies zeigt sich in einem Spezialfall besonders deutlich. Der Wohnungsausschuß übernimmt die Besorgung von billigen Privatquartieren für die Verbandsmitglieder, aber der Vermiether erhält sein Entgelt in den seltensten Fällen von seinem Gast, vielmehr muß er sich an den Ausschuß halten, welcher seinerseits erst den Rückgriff nimmt. Man wird demnach sagen dürfen, daß die Kommissionen regelmäßig in eigenem Namen handeln.

Daß die Geschäfte der Kommission regelmäßig auf die Persön-

Digitized by Google

lichkeit der einzelnen Mitglieder abgestellt sind, kann nicht zweifelhaft sein, soweit das Verhältniß der Kommissionsmitglieder zu ihren Wählern in Frage kommt.

Das Verhältniß eines Ausschusses zu den Hintermännern bezeichnet v. Ihering stets als ein Mandat, indem er a. a. O. S. 23 seine Ansicht begründet. Für die Kommission kann dies m. E. gar nicht zweifelhaft sein. In der Bestellung derselben, der Wahl, Abordnung ihrer Mitglieder liegt offenkundig ein Auftrag zu Tage des allgemeinen Inhaltes, alles Zweckdienliche mit Sorgfalt innerhalb der gegebenen Vorschriften auszuführen. Dieser Auftrag ist, wie als selbstverständlich eigentlich gar nicht hervorgehoben zu werden braucht, dem Einzelnen gegeben und alle späteren Verhandlungen zwischen Ausschuß und Hintermännern ruhen auf dieser Grundlage. Zu diesem Mandat sind noch einige Bemerkungen nothwendig.

Der Tod des Mandanten scheint mir in Abweichung vom gemeinen Recht belanglos zu sein, insofern nicht besondere Gründe dafür sprechen. Denn es dürfte dem Wesen einer nur mit einem gewissen Kraftaufwand ins Leben gerufenen Vereinigung entsprechen, dieselbe möglichst lange in ihrem Bestande zu sichern; das Eine rechtfertigt das Andere, es müssen ja immerhin mehr als bloß untergeordnete Interessen sein, welchen der gemachte Kraftaufwand dienen soll. Vielfach wird Art. 297 H.G.B. eingreifen, welcher den Auftrag unabhängig vom Tode des Mandanten macht.

Die Haftung der Hintermänner gegenüber der Kommission*) wäre nach allgemeinen Mandatsgrundsätzen an sich unbeschränkt und verpflichtet dieselben zum Ersatz des von der Kommission zweckmäßig Aufgewendeten. Es kommen jedoch Ausnahmen vor.

Stellen die Hintermänner der Kommission eine bestimmte Summe oder einen bestimmten Kredit für ihre Zwecke zur Verfügung, so ist m. E. im Zweifel nicht anzunehmen, daß es sich um eine versuchsweise, eine thatsächliche und bloß einstweilige Beschränkung der

*) Wenn im Folgenden der Ausdruck Kommission, Kommissionsvermögen u. s. w. wiederkehrt, so bezeichnet Kommission stets nur die Summe der Mitglieder. Insbesondere ist das aktive oder passive Vermögen das (von der Zweckbestimmung beherrschte) Individualvermögen der Mitglieder.

Digitized by Google

Mittel handelt, sozusagen um eine Zahlung, die eventuell nur Abschlagszahlung sein soll, vielmehr muß sich dies Letztere aus besonderen Gründen ergeben. Wir kommen also zu folgendem Resultat. Die Vermuthung der unbeschränkten Haftung wird gebrochen durch die Festsetzung einer bestimmten Summe. Eine solche spricht für beschränkte Haftung in dem Sinne, daß die Hintermänner zu Nachschüssen nicht verpflichtet sind und daß die Kommission mit dem Gegebenen ihr Glück versuchen soll.

Es ist arg. l. 60 §. 2 und l. 59 §. 3 D. mand. 17, 1 gemeines Recht, daß mehrere Mandatare solidarisch zur Ausführung des Auftrages verbunden sind und daß mehrere Mandanten dementsprechend dem Mandatar solidarisch einstehen. Die Kommission kann jeden Hintermann für sich allein für den ganzen Schaden, Auslagen u. s. w. verantwortlich machen, soweit nicht eben die beschränkte Haftung vorliegt. Aber daß jeder Hintermann gegen jedes Mitglied und umgekehrt unterschiedslos klagen könnte, scheint nur sehr beschränkt richtig.

Jedes Mitglied verpflichtet sich doch nicht in der Weise, daß es ganz allein die Verantwortung für die Herbeiführung des angestrebten Resultates übernimmt. Vielmehr soll die ganze Kommission handeln, die ganze Kommission dementsprechend verantwortlich sein. Unter solchen Umständen würde eine Klage auf Vornahme einer zweckmäßig erscheinenden Handlung, wenn sie nur gegen einen Einzelnen gerichtet wird — und wenn sie überhaupt zulässig ist —, kaum Aussicht auf Erfolg haben, denn der Beklagte ist nur verpflichtet, mit den Uebrigen zusammen unter ihrer Billigung und Beihülfe zu handeln. Er wird daher verlangen dürfen, daß die ganze Kommission, d. h. alle Mitglieder, von den Hintermännern in Bewegung gesetzt werde. Das Gegentheil würde der Abmachung nicht entsprechen.

Ist dem Beklagten bei der Geschäftsvertheilung jene Handlung zugefallen, auf deren Vornahme er verklagt wird, so fragt sich, welche Bedeutung die Geschäftsvertheilung hat. Unzweifelhaft wird dadurch der Beklagte den übrigen Mitgliedern verantwortlich. Ist jedoch diese Verantwortlichkeit genügende Stütze für die Klage der Hintermänner? Nach allgemeinen Grundsätzen als jus tertii nein. Dabei muß es bleiben, selbst wenn der Beklagte im Unrecht wäre

Digitized by Google

und dadurch sich den Genossen und mit ihnen den Hintermännern verantwortlich machte.

Es läßt sich auch nicht viel dagegen sagen, denn man muß immer die Selbständigkeit der Kommission in Rücksicht ziehen. Ihr sind im allgemeinen sehr weitreichende Befugnisse zugestanden, wie es einer Personenmehrheit, die nicht direkte Stellvertretung in einem bestimmten Geschäft, sondern Verfolgung eines mehr oder minder allgemein bezeichneten Zweckes übernommen hat, auch entspricht. Danach gemessen wird man im Allgemeinen den Hintermännern das Dareinreden nicht unnöthig erleichtern wollen, unbeschadet des Rechtes, für jede Schuld Rechenschaft zu fordern.

Im Allgemeinen darf man den Hintermännern nicht zu viel individuelle Selbständigkeit geben, weil sonst eine bedenkliche Verwirrung zu befürchten wäre. In dubio können die Hintermänner nur gemeinsam klagen. Andererseits muß, wenn ein Klagerecht der Hintermänner überhaupt statthaft ist, jeder Einzelne seine Rechte wahren können, damit er nicht durch die Mehrheit träger oder unehrlicher Hintermänner Schaden erleide. Gleicht man nach diesen Grundsätzen die widerstreitenden Interessen aus, so ergiebt sich Folgendes. Regelmäßig kann nicht der einzelne Hintermann, sondern nur alle Kommittenten zusammen klagen, aus rechtfertigenden Gründen jedoch, si justa causa est, kann auch der Einzelne mit seiner Klage durchdringen. Ersteres ist die Regel, das Zweite die Ausnahme. Ermessen des Richters entscheidet über die Zulässigkeit des Zweiten. Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Klage der Kommissionsmitglieder auf Ersatz u. s. w.

Handelt es sich um Schadenersatz wegen kontraktlicher culpa, also z. B. wegen Nichtvornahme einer zweckmäßigen Handlung, so sind die Hintermänner befugt, alle Kommissionsmitglieder zur Haftung heranzuziehen, auch diejenigen, welchen nach der Geschäftsvertheilung die Vornahme der betreffenden Handlung nicht oblag, welche äußerlich betrachtet die Unterlassung also nicht begangen hatten. Jedoch darf der Einzelne sein Recht nur nach den soeben dargelegten Grundsätzen verfolgen. Eine Ausnahme wäre z. B. gerechtfertigt, wenn er seine Verbindung mit der Kommission überhaupt lösen will.

Wir sahen soeben die Kehrseite des Satzes, daß auf Vornahme einer Handlung nur die ganze Kommission verklagt werden kann. Jeder haftet eben als Kommissionsmitglied mit den Uebrigen zusammen.

Digitized by Google

Die einheitliche Bezeichnung als Kommission hat ihren guten Grund, denn sie bildet nur den Ausdruck des: Alle für Einen, der unterschiedlosen Gleichstellung Aller. Die Kommission handelt, haftet u. s. w., d. h. Alle, die in ihr enthalten sind, ohne individuelle Hervorhebung und Unterscheidung.

Wozu setzt man eine Kommission ein, faßt alles zu ihr Gehörige lediglich unter diesen Namen zusammen, sieht gänzlich ab von individualisirender Vorstellung der einzelnen Mitglieder? Ohne Zweifel durchläuft den Vorstand bei dem Worte Kommission die Vorstellung der Einheitlichkeit und des Gleichmaßes, und mit diesem Moment muß man in der Analyse der wechselseitigen Beziehungen zwischen Auftraggebern und Beauftragten rechnen. Daher können die Hintermänner auch jedes Kommissionsmitglied nach beliebiger Auswahl verantwortlich machen ohne Rücksicht auf den eigentlich Schuldigen. Jedes Kommissionsmitglied steht für Verschulden seiner Genossen ein. Es kann auch den Hintermännern nicht zugemuthet werden, alle inneren Vorgänge im Schoße der Kommission aufzuspüren, um den Schuldigen zu fassen. Man denke sich nur die Schwierigkeit der Beweisfrage. Eine offenkundige Nachlässigkeit liegt vor, die Hintermänner wollen Ersatz haben; diese durchaus billige Forderung könnte in ihrer Realisirung sehr erschwert oder gar unmöglich gemacht werden, wenn man die Hintermänner nur an die Schuldigen verwiese.

Selbstverständlich ist das Recht der Hintermänner auf Rechnungslegung, schwieriger die Frage nach den Modalitäten derselben. Die Parteiabsicht entscheidet zunächst; ist nichts Bestimmtes ausgemacht, kann mindestens von jedem ausscheidenden Mitglied und von der Kommission bei ihrer Auflösung Rechenschaft verlangt werden. Ferner wenn die Thätigkeit der Kommission sehr lange dauert, kann periodische Rechenschaft gefordert werden, für welche der ortsübliche resp. gesetzliche kaufmännische Gebrauch den besten Anhalt geben dürfte.

Die dargelegten Grundsätze greifen auch durch bei Widerruf des Mandats, welcher gegen jedes einzelne Mitglied zulässig und wirksam ist.

Eine besondere Pflicht der Kommission bedarf ausdrücklicher Hervorhebung, denn in ihr ist der Unterschied vom gewöhnlichen Kommissionär ersichtlich. Die Kommission ist verpflichtet, das ihr

Digitized by Google

von den Hintermännern zur Verfügung gestellte Vermögen äußerlich vom Privatvermögen der Mitglieder zu sondern, dasselbe äußerlich selbständig zu machen. Diese Konzession an die Zweckfatzung ist selbstverständlich und ihr entspricht auch ein durchgehender Gebrauch, aber dem Kommissionär ist sie durchaus fremd. Sie ist der Ausdruck des Gedankens, daß die Zweckfatzung in irgend einer Form das Kommissionsvermögen wenigstens insoweit vom Privatvermögen der Mitglieder rechtlich sondert, daß ersteres niemals zum Vortheil des letzteren verwendet werden soll. Das Gegentheil wäre unerhört, denn Niemand wird den Ausschußmitgliedern das Recht zugestehen wollen, die dem Ausschuß zur Verfügung gestellten Mittel mit dem Vermögen eines oder aller Mitglieder zu vermischen. Ein sehr einfaches und von gewissenhaften Kommissionen mit Vorliebe benutztes Mittel bietet sich im Bankdepot, und wenn wegen fortwährender Zahlungen dies nicht angebracht ist, führt ein Mitglied als Kassierer, sehr häufig ein Bankier oder Kaufmann, eine gesonderte Kasse.

Die nächste Frage ist, welche rechtliche Form der äußeren Sonderung entspricht.

Puchta S. 477 meint, die Mitglieder eines Sammelkomitees treten weder unter sich noch in ihrer Wirksamkeit nach Außen als einzelne Personen, sondern als Personenverein, als corpus[1]) auf, sie sollen nur erlaubte Privatgesellschaft ohne juristische Persönlichkeit sein.

Da unter den entscheidenden Gesichtspunkten kein Unterschied zwischen einem selbständigen Sammelkomitee und einer Kommission besteht, müßte Puchta's Ansicht, wenn sie richtig wäre, auch für die Kommission zutreffen und wir hätten dann die Sonderung des Kommissionsvermögens in sehr einfacher Form bewirkt.

---

[1]) Ein corpus, das als solches handeln kann in eigenen Angelegenheiten, ist nothwendig rechtsfähig, eine als solche rechtsfähige Personenmehrheit nennen wir aber juristische Person. Darüber hilft uns auch die Gerichtsstandschaft nicht hinweg, mit welcher das Reichsgericht das längst unterhöhlte Dogma von der Konzessionspflicht der Vereine zu stützen sucht. Eine erlaubte Privatgesellschaft kann nur volle Korporation oder bloße Personenmehrheit sein, Halbkorporationen, juristische Personen zweiter Klasse giebt es nicht. Puchta's Ansicht ist daher schon in sich verfehlt.

Digitized by Google

Dagegen spricht aber das schon wiederholt hervorgehobene persönliche Moment in dem Ausschuß; diesem trägt der Geschäftsgebrauch Rechnung, indem er die einzelnen Ausschußmitglieder als Subjekte der Rechte und Verpflichtungen ansieht. R.G. XII. S. 57, nicht veröffentlichtes Urtheil des L.G. zu Rostock vom 12. Oktober 1880 in Sachen von K., R., U. als Bevollmächtigten der Interessenten an der Gründung des Doberaner Zuchtviehmarktes gegen v. S., A., B., F., v. S., S., B., H., als Mitglieder des Komitee für den Doberaner Zuchtviehmarkt. Aus Puchta's Ansicht würde grundsätzlich eine unpersönliche und beschränkte Haftung d. i. mit dem Vermögen des corpus folgen, und das ist nicht nothwendig, ja widerspricht regelmäßig dem Thatbestande einer unzweifelhaft unbeschränkten Haftung.

Wenn man auch Puchta's Vorstellung von einem als corpus organisirten Ausschuß ablehnen muß, so ist doch immerhin möglich, anzuerkennen, daß der Ausschuß sich nicht auf das Individualvermögen der Mitglieder, sondern auf ein selbständiges Zweckvermögen nach Analogie einer Stiftung stützen kann. Diese Idee verfolgen für das Sammelkomitee Brinz III. §. 440 a. E. S. 508; Bekker II. §. 112 S. 277 A, b; S. 283 zu γ; Dernburg I. §. 62 Nr. 8 S. 147; Regelsberger S. 30 Nr. 38 erachtet das Zweckeigenthum zwar für juristisch denkbar, jedoch nicht für praktisch.

Es ist nicht abzusehen, warum die Vorstellung eines Zweckvermögens bei den Kommissionen ausgeschlossen sein sollte. Die Kommission muß für ihre Zwecke irgendwelchen materiellen Rückhalt haben, denn es ist gänzlich undenkbar, daß sich regelmäßig Menschen zur Durchführung eines bestimmten Zweckes wählen lassen, ohne sich für die unausbleiblichen Kosten Deckung zu verschaffen; alles aus eigenen Mitteln zu bestreiten, liegt den Gewählten regelmäßig völlig fern. Wir sahen schon, in welcher Form sie sich an ihre Hintermänner halten können. Aus dieser Möglichkeit des Rückgriffes ergiebt sich für die Kommission ein Vermögenszuwachs, der jedoch ersichtlich von dem Lebenszweck der Kommission völlig beherrscht wird. Das Gleiche, nicht Mehr und nicht Weniger, gilt von den Sammelkomitees. Gesetzt, der Turner-, Krieger- u. s. w. -Verband stellt für das Verbandsfest dem gewählten Festausschuß eine bestimmte Summe zur Verfügung, so liegt die Sache unter den allein

Digitized by Google

maßgebenden Gesichtspunkten nicht anders als bei dem Sammelkomitee, das sich für seine Zwecke Beiträge erbittet. Wir haben in beiden Fällen einen durchaus von einer Zweckbestimmung beherrschten Vermögenszuwachs des Ausschusses. Die Form, in welcher sich derselbe vollzieht, in welcher vor allen Dingen die Zweckbestimmung sich geltend macht, muß nothwendig in beiden Fällen die gleiche sein, da Gründe für eine verschiedene Behandlung sich nicht erdenken lassen. Man ziehe noch jenen gar nicht seltenen Fall in Rücksicht, daß die Kommissionen außer von ihren Hintermännern auch noch von Dritten einen Vermögenserwerb machen, sei es in Geldbeiträgen oder in anderer Weise.

Unzweifelhaft ist dies z. B. der Fall bei dem so wohl bekannten Wohnungsausschuß, welcher bei mehrtägigen großen Sänger-, Turner-, Krieger- u. s. w. -Festen Freiquartiere für die auswärtigen Theilnehmer besorgt. Das Recht auf Freiquartier d. h. darauf, eine bestimmte Zahl auswärtiger Festgäste bei dem Quartiergeber ohne Entgelt einquartieren zu dürfen, ist unzweifelhaft ein gerichtlich verfolgbares Recht des Ausschusses, das eventuell zur Forderung von Schadenersatz berechtigt. Sehr häufig lehnen wohlhabende Quartiergeber es ab, die fremden Gäste bei sich aufzunehmen, überlassen es dem Ausschuß, dieselben anderswo unterzubringen und verpflichten sich, die daraus erwachsenden Kosten zu zahlen. Auch diese Abmachung giebt eventuell dem Ausschuß eine Klage. Unzweifelhaft liegt also ein mit der Zweckbestimmung gestempelter Vermögenszuwachs der Kommission vor, den dieselbe nicht von ihren Hintermännern gemacht hat.

Ob nun die Kommission zu ihren Zwecken von den Hintermännern gewählt und mit Vermögen begabt wurde, oder von Drittten zu demselben Zweck Vermögenszuwendung erhielt, kann auf die juristische Natur des Aktes der Vermögenszuwendung selber keinen Einfluß üben. Dieser steht in isolirter Selbständigkeit neben oder hinter den ihn begleitenden obligatorischen Geschäften, Wahl durch die Hintermänner, spezielle Abmachung mit Dritten. Puchta hat wiederholt den Gedanken hervorgekehrt, daß die Mitglieder von Sammelkomitees sich nicht bereichern wollen, nur eine Vermittlerrolle übernehmen. Wenn es sicher ist, daß im Dienste ihres Zweckes, z. B. Unterstützung von Abgebrannten, Herstellung eines Denkmals

Digitized by Google

u. s. w., die Mitglieder eines Sammelausschusses von dem Gesammelten keinen Pfennig für sich behalten wollen und dürfen, so gilt dies nicht minder für die gewählte Kommission, der zu einem bestimmten Zweck von ihren Hintermännern allein oder in Verbindung mit Dritten bestimmte Mittel zur Verfügung gestellt sind, sei es auch nur in der Form des Gutsagens resp. der Anweisung.

Wir haben hier unzweifelhaft eine effektive Vermögenszuwendung mit Zweckfetzung nicht minder wie bei den Sammelgeschäften, nur daß bei letzteren äußerlich eine größere Selbstständigkeit der Vermögensmasse vorhanden zu sein scheint. Aber es ist auch nur Schein mit dieser Selbständigkeit, welche gar nichts beweist. Hatte nicht das Internationale Komitee für die Gäubahn Pläne, Druckschriften und Konzessionsurkunden, welche es dem Gegenkontrahenten abtrat? Das eigentliche Vermögen aber hatte sich der Exekutivausschuß gesichert, während sich das Internationale Komitee verpflichtete, ein Drittel des mit 12 Millionen veranschlagten Baukapitals zu liefern.

Das „Zweckvermögen", welches zur Durchführung des Unternehmens bestimmt war, war also in ganz anderen Händen, als in denen des kontrahirenden Internationalen Komitees. Dieses dagegen hatte ein zweites Zweckvermögen besessen und vertreten, nämlich „die Pläne, Druckschriften und Konzessionen" mit den dazu gehörigen Urkunden. Wo bleibt da überhaupt das Zweckvermögen, geschweige denn seine äußere Selbständigkeit? In dem eigentlich werthvollen Theile, welchen sich der Exekutivausschuß theils durch Zeichnungen der betheiligten Gemeinden, theils durch Vertrag mit einem Finanzkonsortium gesichert hatte, bestand eine äußerliche Selbständigkeit gewiß nicht, höchstens in den Plänen, Drucksachen u. s. w. und um dieser willen ein Zweckvermögen zu konstituiren, ist nicht der Mühe werth. Ferner fehlt die äußerliche Selbständigkeit in allen den sehr häufigen Fällen, wo ein Sammelausschuß für seine Zwecke, z. B. Denkmalserrichtung, Kirchenbau, Ausrüstung einer Expedition u. s. w., Naturalien nicht verwenden kann, sondern sich nur auf Geld beschränkt. Die gesammelten Mittel werden fast ausnahmslos in Bankdepot gegeben und wenn durch die baare Einzahlung nur ein Guthaben bei der Bank entsteht, kann eine äußerliche

Digitized by Google

Selbständigkeit des Zweckvermögens nicht mehr und nicht minder angenommen werden, als dort, wo der Festkommission eines Kriegerverbandes, eines Sängerbundes u. s. w. für das Verbandsfest begrenzte oder unbegrenzte Mittel zwar nicht baar zur Verfügung gestellt, jedoch als nachträgliche Deckung in Voraus zugesagt sind.

Recht fällt die Selbständigkeit in die Augen besonders bei den Sammlungen zu Gunsten Abgebrannter, Ueberschwemmter u. s. w. Die gelieferten Lebensmittel, Kleidungsstücke u. s. w. bestehen individuell und selbständig und es liegt daher nahe, ein Zweckvermögen selbständiger Art in ihnen zu erblicken. Gerade hiergegen spricht sich implicite Bekker aus, welcher Sammlungen scheidet 1. zu Gunsten einer oder weniger individuell bezeichneter Personen, 2. für einen durch das gemeinsame Schicksal begrenzten Personenkreis, 3. für einen sogenannten allgemeinen Zweck (Errichtung eines Denkmals, Verschönerung der Anlagen u. s. w.). Er nimmt an, daß die Produkte der Geschäfte zu 3. den sogenannten juristischen Personen meist näher kommen werden, als die der anderen, und Dernburg scheint als „gemeinnützige Unternehmen", welche den Stiftungen analog zu behandeln sind, wesentlich nur den Fall sub 3 im Auge zu haben. Brinz gar hat seine Ausführungen der ersten Auflage S. 1020, welche noch Lebensmittel, Kleidungsstücke einbezogen, in der zweiten Auflage modifizirt und diese individuell erkennbaren Gegenstände der Sammlung neben dem Gelde nicht mehr besonders hervorgehoben, während man doch erwarten sollte, gerade auf ihre äußerliche Selbständigkeit die Theorie des Zweckvermögens gestützt zu sehen.

Andererseits ist es nicht berechtigt, gerade die Sammlungen für einen sogenannten „allgemeinen oder gemeinnützigen Zweck" besonders neben den anderen hervorzuheben, denn jene scheiden sich von diesen nur durch die einstweilige Unbestimmtheit der Destinatäre. Was folgt aber aus letzterer? Gar nichts, denn dort, wo individuell oder allgemein bestimmte Destinatäre schon vorhanden sind (für den Abgebrannten A., die Familie des verunglückten B., die Ueberschwemmten am Rhein u. s. w.), dort stehen diese Destinatäre, wie wir dies noch sehen werden und allgemeiner Meinung entspricht, so lange in keinerlei Verhältniß zu den gesammelten Gaben, bis dieselben durch effektive Austheilung in ihr Eigenthum übergeführt

Digitized by Google

sind. Andererseits besteht z. B. ein Denkmalfonds noch lange Zeit, nachdem schon der Sieger aus der Konkurrenz mit Ausführung der Arbeit betraut ist. Wir haben dann hier und überall, wo mit den gesammelten Mitteln irgend welche Arbeitsleistungen bezahlt werden sollen — der fast ausnahmslose Fall bei Sammlungen zu allgemeinen Zwecken — sehr bald individuell bestimmte Destinatäre, die sogar in rechtsgeschäftliche Beziehung zu den gesammelten Fonds treten. Die Sammlungen zu allgemeinen Zwecken haben also vielfach noch ein Mehr vor den Wohlthätigkeitssammlungen voraus, vermöge dessen sie noch weniger wie diese geeignet scheinen, mit den Stiftungen ganz oder theilweise gleich behandelt zu werden. Will man jedoch den Destinatär an anderer Stelle finden, z. B. bei einem Denkmal die Stadt, Gemeinde oder dergl., auf deren Grund und Boden das Denkmal errichtet werden soll, bei der Ausrüstung einer Expedition den Unternehmer oder Leiter derselben u. s. w., so wird die Sachlage dadurch höchstens auf beiden Seiten gleich. Ein Destinatär ist vorhanden und in manchen Fällen einer Sammlung zu allgemeinen Zwecken, z. B. Denkmalserrichtung, tritt derselbe, da er regelmäßig durch unentgeltliche Hergabe des Platzes oder auf andere Weise an der Unternehmung interessirt ist, aus der Rolle eines bloßen Destinatärs heraus. Wir sehen also sehr häufig auch hier noch ein Mehr gegenüber jenem Moment zu verzeichnen, welches wenigstens Bekker und scheinbar auch Dernburg veranlaßte, die Sammlungen zu allgemeinen Zwecken von den Wohlthätigkeitssammlungen zu trennen und nur die ersteren als Quasistiftungen zu behandeln. Das Prinzip der Scheidung ist eben falsch. Entweder ist es thatsächlich nicht gerechtfertigt (der Destinatär ist schon von Anfang an vorhanden in der Stadtgemeinde, auf deren Grund und Boden das Denkmal errichtet werden soll, oder in dem Führer der auszurüstenden Expedition, z. B. Wißmanndampfer, Nansenexpedition u. a. m.), oder der Destinatär, z. B. der ausführende Künstler, findet sich sehr bald und tritt sogar vor Verwendung des Fonds zu demselben in rechtsgeschäftliche Beziehungen.

Man denke auch noch an jenes Komitee, welches die Mittel zum Ankauf von Schönhausen sammelte und dieses Gut Bismarck schenkte. Der Destinatär des gesammelten Geldes war Bismarck nicht, denn dieses sollte dem damaligen Eigenthümer von Schön-

Digitized by Google

hausen zukommen. Trotzdem es eine Sammlung zu Gunsten Bismarck's war, könnte höchstens der Eigenthümer von Schönhausen Destinatär sein. Was soll nun von dieser Sammlung gelten, unter welche Gruppe soll sie fallen? Gehört sie mehr zu den Quasistiftungen oder zu den Wohlthätigkeitssammlungen? Wenn eine solche derartig ins Werk gesetzt wird, daß nur baares Geld gesammelt wird, wofür das Komitee, ohne den Abgebrannten u. s. w. etwas in Baar zu geben, denselben ihre Häuser wieder aufbaut, so fehlt dem Geld ohne Frage der Destinatär, aber es wird Niemand diese Sammlung anders als die gewöhnlichen behandeln wollen.

Ferner haben wir wiederholt Sammlungen erlebt, damit ein Mann, z. B. Kaiser Wilhelm, Bismarck u. a., das gesammelte Vermögen durch Zweckfatzung zu einer vollkommenen Stiftung verwenden sollten. Wo will man diese Sammlungen unterbringen, wenn man die verschiedenen Fälle scheidet? Haben wir hier überhaupt einen Destinatär, oder kann man die Männer, denen zu Ehren gesammelt wurde, als solche bezeichnen? Wir kommen entschieden mit dem Begriff des Destinatärs nicht aus, da derselbe uns unnöthig in schwierige Thatfragen verwickelt. Was man auch in Fällen der letztgenannten Art annimmt, es wird niemals befriedigen, wenn dieselben anders als die Wohlthätigkeitssammlungen oder anders als die Sammlungen zu allgemeinen Zwecken behandelt werden. Es liegt keinerlei Grund zur Abweichung von Einem und dem Anderen vor und darum können die beiden Gegensätze in Wirklichkeit auch nicht existiren.

Man wende nicht ein, der Satz: Weil kein Destinatär, deshalb Stiftung, beweise schon genügend in der Fassung: Weil einstweilen kein Destinatär .... Aber wenn z. B. das Denkmalkomitee den Destinatär sofort bestimmt und nur zu Gunsten einer bestimmten Stadt und eines bestimmten ausführenden Künstlers sammelt, wie dann? Kann es irgend einen Unterschied machen, ob der ausführende Künstler aus einer Konkurrenz hervorgeht, oder ob er von vornherein bestimmt war (Fall Böse-Kalandrelli)? Das Gemeinwesen, dem das Denkmal gilt, ist fast ausnahmslos von Anfang an bestimmt, jedoch kommt es vor, daß der Standort des Denkmals erst später festgesetzt wird. Kann dieser Umstand auf die juristische

Digitized by Google

Natur des Denkmalfonds irgend welchen Einfluß üben? Solche Aeußerlichkeiten, die nur vom Zufall bestimmt werden (Heinedenkmal), kommen offenbar nicht in Betracht, oder will man allen Ernstes die verschiedenen Denkmalfonds verschieden behandeln, je nachdem der Standort des Denkmals schon bestimmt ist, oder von einer Künstlerkonkurrenz abgesehen wird? Das wäre nicht zu rechtfertigen.

Man kann sich auch damit nicht helfen wollen, das Dasein eines Destinatärs überhaupt ohne Unterschied in allen Fällen zu leugnen, denn damit gerathen wir nur in andere Widersprüche. Denn ein Destinatär der gesammelten Gelder ist vorhanden, sobald dieselben für ihn mit oder ohne Entgelt bestimmt sind. Der Eigenthümer von Schönhausen war ohne Frage Destinatär des gesammelten Geldes, Bismarck war nur Destinatär des später gekauften Gutes Schönhausen; eine Stadt ist nur Destinatärin des künftig zu errichtenden Denkmals, das Geld ist für den Künstler bestimmt. Es macht gar keinen Unterschied, ob der Destinatär ein Aequivalent geben muß oder nicht, die gesammelten Mittel sind doch immer nur für ihn bestimmt und andererseits liegt etwa kein allgemeiner Zweck vor, wenn ein Komitee Mittel zur Verschönerung der Anlagen in einer Stadt sammelt und ist nicht unzweifelhaft die Stadt die Destinatärin?

Ferner ist das Arrangement eines Verbandsfestes die Verfolgung eines allgemeinen Zweckes, oder sind nicht bestimmte Destinatäre vorhanden? Eine Sammlung zu Gunsten individuell oder allgemein bestimmter Personen liegt gewiß nicht vor, trotzdem die gewählte Kommission, z. B. als Wohnungsausschuß, wie oben nachgewiesen, auch von Dritten Beisteuern einzusammeln pflegt. Ein allgemeiner Zweck beherrscht die Thätigkeit des Ausschusses aber auch nicht, denn ein Verbandsfest ist eine höchst persönliche Angelegenheit des Verbandes resp. seiner Mitglieder. Ferner finden sich für die vorhandenen Vermögenswerthe sehr bald Destinatäre theils in den angenommenen Arbeitern, theils in den Festgenossen.

Das Eintheilungsprinzip ist nach jeder Richtung hin unzulänglich, ein Anderes läßt sich nicht finden und wir müssen darum folgern, daß entweder Beide, Kommission und Komitee, sich auf eine Stiftung (oder Quasistiftung) stützen oder keines von beiden.

Betrachten wir uns das internationale Komitee der Gäubahn

Digitized by Google

vom Augenblicke seiner Bildung bis zu seinem ersten Vermögenserwerb hin. Wir können uns den Zwischenraum ja ziemlich lang denken. Ohne Vermögen keine Stiftung, ohne diese also konsequent kein Komitee, ohne Komitee keine Möglichkeit, für dasselbe in eigenen Angelegenheiten zu handeln, und der Ast, auf dem wir sitzen, ist abgesägt.

Es unterliegt doch nicht dem geringsten Zweifel, daß das Komitee als solches vom Augenblick seines Zusammentretens an existirte und nicht erst durch einen Vermögenserwerb zu dem wurde, was es ist. Wenn das internationale Komitee aus eigenem Antriebe zusammengetreten wäre und mit der Initiativgesellschaft sich erst später in Verbindung gesetzt und auf diese Weise für die Verfolgung seiner Zwecke die nöthigen Deckungsmittel sich erworben hätte, so hätte es als Komitee doch unzweifelhaft von Anfang an bestanden, denn gerade diese seine Eigenschaft wäre die unumgängliche Voraussetzung gewesen, um mit den Hintermännern in Verhandlung eintreten zu können.

Wenn dem Exekutivausschuß die Beschaffung der nothwendigen Mittel nicht geglückt wäre und das internationale Komitee in entschuldbarem Irrthum über diesen Umstand den streitigen Vertrag abgeschlossen hätte, was soll nun gelten, da ein Vermögen und eine Quasistiftung ermangelt? Unzweifelhaft wäre es ungerecht, das Komitee als solches zu leugnen und die Kontrahenten von ihrem Vertrage zu entheben. Die Theorie der Quasistiftung führt aber mit Konsequenz zu diesem Ergebniß.

Dies Beispiel lehrt uns, daß das Vermögen, die Quasistiftung, nicht zur nothwendigen Grundlage eines Ausschusses gemacht werden kann.

Wollten wir aber von diesen formalen Gründen absehen, so scheint für die Quasistiftung Folgendes in durchschlagender Weise zu sprechen:

Ist das für bestimmte Zwecke von einem Ausschusse gesammelte Vermögen ein selbständiges Zweckvermögen, so läßt sich bei Personalveränderungen in dem Ausschusse und bei Konkurs eines oder mehrerer Mitglieder sehr leicht das Vermögen des Ausschusses sondern. Stirbt ein Mitglied, so fällt das Ausschußvermögen nicht in die Erbschaft, bricht über das Vermögen eines Mitgliedes Konkurs aus,

Digitized by Google

so läßt sich Zweckvermögen und Individualvermögen sehr leicht trennen, wechseln die Mitglieder, so bietet sich eine bequeme rechtliche Handhabe, mit dem Austretenden reine Rechnung zu machen, u. s. w. Jedoch fragt sich, ob das selbständige Zweckvermögen unumgänglich ist, ob nicht vielmehr die fiduziarische Stiftung (Kohler, Archiv für bürgerliches Recht III. S. 279 ff., Regelsberger Pandekten I. §. 87, II. 2) hier durchgreift. Die Möglichkeit eines solchen vorübergehenden Zweckvermögens ist m. E. nicht zu bestreiten.

Aber jedenfalls glaube ich Eines ganz entschieden bestreiten zu dürfen, daß die soeben auseinandergesetzten praktischen Vortheile sich bei der Kommission regelmäßig geltend machen können, denn ihr dürfte im Allgemeinen weniger ein baarer Fonds als ein bloßer Kredit von ihren Hintermännern zur Verfügung gestellt werden. Gesetzt ein Mitglied stirbt oder macht Konkurs und der Erbe resp. der Konkursverwalter fordert von den Hintermännern des Ausschusses ihrem Gutsagen entsprechend zur Masse mit folgender Begründung: Als Ihr dem Ausschusse gutsagtet, verspracht Ihr den einzelnen Mitgliedern eine Vermögenszuwendung, diese fällt in die Erbschaft resp. die Konkursmasse, und ich fordere jetzt zum Mindesten den Kopftheil. Wenn ein Kommissionär Konkurs macht oder beerbt wird, so ist der Kommittent gewöhnlicher Gläubiger und Schuldner, und so steht es hier auch.

Es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß der Erbe und der Konkursverwalter etwas Ungehöriges fordern, daß ihr Ansinnen auch der Parteiabsicht von Ausschußmitgliedern und Hintermännern widerspricht, und daß ihre Argumentation falsch sein muß. Daraus folgt aber immer noch nicht das Zweckvermögen, denn die Hintermänner werden mit Recht erwidern: Wir versprachen das Geld nur für den Kommissionszweck, nicht für die Bereicherung der Erbschaft resp. der Masse. Wird das Geld, wenn wir es Dir auszahlen, für die Zwecke der Kommission verwendet? Das behauptest Du selber nicht und für andere Zwecke sind wir Dir nichts schuldig.

Der juristische Ausdruck für diese Beweisführung ist: Nur wenn ein Bedürfniß des Ausschusses im Dienste seines Zweckes hervortritt, schulden die Hintermänner etwas. Die Schuld der Hintermänner ist von der Zweckfatzung abhängig, heißt juristisch, sie ist durch dieselbe bedingt. Die Hintermänner versprechen nur be-

Digitized by Google

dingter Weise und die Bedingung ist zweckdienliche Verwendung der Mittel. Wird Leistung an die Erbschaft oder an die Konkursmasse verlangt, so wird wegen Ausfalls der Bedingung etwas gar nicht Geschuldetes gefordert.

Es macht hierbei keinen Unterschied, ob zu dem Gutsagen der Hintermänner schon positive Handlungen des Ausschußmitgliedes hinzugekommen sind oder nicht. Hat dasselbe baare Auslagen gehabt, so können dieselben allerdings zurückgefordert werden, im Uebrigen können Erbe und Konkursverwalter nur verlangen, daß die Masse vor Angriffen Dritter geschützt werde, welche aus Geschäften des Ausschusses Rechte herleiten.

Nimmt man die Bedingung zur Hülfe, so ist, wie wir sahen, wenigstens bei den Kommissionen die Sache sehr einfach; wir brauchen das Zweckvermögen gar nicht, wie es andererseits bei den Kommissionen oft genug fehlt (s. oben S. 84, 88 f.).

Die Parallele mit dem Kommissionär schlägt nicht durch. Denn selbst ihre Möglichkeit zugegeben, so beweist sie doch nicht. Hatte der Kommissionär schon Auslagen, so kann sein Erbe oder Konkursverwalter dieselben natürlich einfordern. Dieser ganz ungefährliche Satz gilt beim Ausschuß ebenfalls, ohne irgend welche Nachtheile mit sich zu bringen. Für die Kehrseite desselben, daß der Kommittent auch Konkursgläubiger wird, fehlt die thatsächliche Veranlassung, denn wofür sollen die Hintermänner Konkursgläubiger werden? Daß Letzteres nicht unmöglich ist, werden wir sehen, aber die Veranlassung liegt nicht darin, daß irgend welche unter Zwecksatzung gestellte Vermögenswerthe von den Hintermännern an das Ausschußmitglied gelangt sind, sondern darin, daß dasselbe unzweckmäßig gehandelt hat u. s. w. Konkursforderungen dieser Art werden durch die Annahme eines Zweckvermögens überhaupt nicht berührt, weder im Guten noch im Bösen. Hätten wir ein Zweckvermögen, würde sich die Sache so stellen, daß die Hintermänner etwa wegen schlechter Verwendung desselben persönliche Konkursgläubiger des Ausschußmitgliedes werden. Vor dieser Eventualität vermöchte sie also auch das selbständige Zweckvermögen gar nicht zu schützen.

Anders läge die Sache, wenn schon von Seiten der Hintermänner an die Kommissionsmitglieder irgend welche Leistungen gemacht wären. Hier würde sich scheinbar das Zweckvermögen als Retter

Digitized by Google

in der Noth darstellen, wenn ihm nur nicht die äußere Veranlassung dazu fehlte. Ich behaupte, daß auch in solchen Fällen kein Bedürfniß für ein Zweckvermögen vorhanden ist, so lange nur die Kommissionsmitglieder ordnungsmäßig verfahren. Ist dies aber nicht der Fall, so schützt auch das Zweckvermögen nicht.

Verfährt der Ausschuß nicht ordnungsmäßig, sondert er nicht, sondern vereinigt er das Zweckvermögen mit dem Individualvermögen der Mitglieder, so haben wir die oben dargelegten Schwierigkeiten in Folge Erbgangs und Konkurs trotz alles Zweckvermögens.

Wird jedoch vorschriftsmäßig und gewissenhaft verfahren, so kommen wir auch mit dem Individualvermögen zu demselben Ziel. Wir sahen oben schon, daß vor der baaren Auszahlung der zum Zweck der Kommission versprochenen Mittel Erbe und Konkursverwalter die aus der Gutsage entstandene Forderung nicht zur Masse ziehen können, denn sie gehört nur bedingt zum Vermögen, und die Bedingung, welche nur von der Zweckfatzung bestimmt wird, fällt eben durch das Beanspruchen der Forderung zum ausschließlichen Vortheil der Masse aus. Was hindert uns nun, das nicht in bloßen Forderungen, sondern auch in dinglichen Rechten bestehende Ausschußvermögen ebenfalls unter die Bedingung zu stellen? An sich durchaus möglich, entspricht dies auch dem Thatbestande. Die von den Hintermännern gegebenen Vermögenswerthe sind ausschließlich dem Dienste des Kommissionszweckes unterworfen, nur in ihm sollen sie verwendet werden. Der Ausschuß soll darüber verfügen nur, wenn es zweckdienlich ist, er soll das Vermögen seinem eigentlichen Zwecke nicht entfremden. Es ist klar, daß diese unzweifelhafte Parteiabsicht nur unvollkommen verwirklicht wird, wenn der Ausschuß zwar nicht anders als vorgeschrieben verfahren darf, jedoch anders verfahren kann. Diese Unvollkommenheit läßt sich aber leicht heben, wenn nicht bloß das Dürfen, sondern auch das Können des Ausschusses bedingt wird, wenn wir ein Individualeigenthum am Vermögen annehmen, bedingt durch die Verwendung desselben zu den Zwecken des Ausschusses resp. durch die Nichtverwendung zu anderen Zwecken. Im Einzelnen durchgeführt gestaltet sich der Gedanke folgendermaßen:

Die Gegenstände sind mit ihrer Zweckbestimmung von den

Digitized by Google

Hintermännern unmittelbar in die Hand des Ausschusses übergegangen, das Eigenthum wird übertragen unter der Bedingung, daß es zu anderen als den angegebenen Zwecken nicht verwendet wird. Oder die Gegenstände gehen nicht unmittelbar an den Ausschuß über, sondern die Geber bedienen sich irgendwelcher Mittelglieder, z. B. Zahlungsauftrag, Postanweisung u. s. w., fremdes Eigenthum wird übertragen, aber ebenfalls nur zu Zwecken des Ausschusses, wenngleich dies dem benutzten Mittelglied sehr häufig unbekannt sein mag, und diese Bestimmung tritt in der äußerlichen Sonderung deutlich zu Tage. Ohne dieselbe ist das Eigenthum als solches für den Zweck freilich verloren und bedarf der Ersetzung durch anderes: aber beim Zweckvermögen steht, wie wir oben sahen, die Sache auch nicht anders.

Sind die Gegenstände individuell erkennbar, aber nicht äußerlich vom Privatvermögen der Ausschußmitglieder gesondert, so liegt entweder Aneignungsabsicht oder bloße Versäumung der äußeren Sonderung vor, ohne die Absicht, den Gegenstand seiner Zweckbestimmung zu entziehen.

Im letzten Falle ist das bedingte Eigenthum ohne Zweifel vorhanden, nur ist der Gegenstand nicht äußerlich gesondert, und eine Bereicherung des Individualvermögens zu Ungunsten des Zweckes ist ausgeschlossen. Im ersten Falle ist nicht ordnungsmäßig verfahren, der Uebergang in ein Zweckvermögen wie der Eintritt des bedingten Individualeigenthums ist in gleicher Weise unmöglich, denn der Gegenstand ist seinem Zwecke nicht zugeführt.

Analog ist es mit der nachträglichen Entziehung. Das bedingte Eigenthum fällt wegen Verwendung zu unerlaubten Zwecken aus, etwaiges Zweckvermögen wird geplündert, in das Individualvermögen treten die Gegenstände in einem Falle so wenig über wie in dem anderen.

Der Mangel individueller Erkennbarkeit oder die Grundsätze über Vermischung, gutgläubigen Erwerb u. s. w. können die zu den Zwecken des Ausschusses bestimmten Gegenstände ihrer eigentlichen Bestimmung dauernd entfremden, sobald die Ausschußmitglieder sich diese Umstände zu Nutze machen, und das gilt ohne Unterschied vom Zweckvermögen und vom Individualeigenthum.

Nachdem wir diese beiden in allen möglichen Einzelfällen verglichen haben, sehen wir, daß mit dem bedingten Individualeigen-

Digitized by Google

thum völlig dasselbe sich erreichen läßt, wie mit dem Zweckvermögen. Wir brauchen letzteres also nicht, denn unter ordentlicher Verwaltung schützt ersteres bei Erbgang und Konkurs ausreichend, vor Nachlässigkeit und Unehrlichkeit kann auch das zweite nicht bewahren.

Eine andere Möglichkeit wäre jedoch denkbar: das zu den Ausschußzwecken bestimmte Vermögen geht nur thatsächlich in die Hand des Ausschusses über, und dieser ist nur bevollmächtigt, fremdes Eigenthum zu übertragen. Also die Hintermänner haben jederzeit ihre Hand über demselben, können jederzeit dazwischentreten, die Vollmacht widerrufen u. s. w. v. Jhering hat S. 27, 28 gezeigt, wie verderblich es wäre, die Kommittenten in die Geschäfte des Ausschusses hineinzuziehen, dies gilt nicht minder von ihren dinglichen Rechtsgeschäften und braucht nicht besonders belegt zu werden.

Möglich wäre es freilich, aus der widerruflichen obligatorischen Vollmacht ein unwiderrufliches dingliches Veräußerungsrecht zu machen. Warum nicht? Ein innerer Grund dagegen ist nicht vorhanden. Das dingliche Veräußerungsrecht existirt schon jetzt als Bestandtheil des römischen Pfandrechtes, warum sollte es nicht isolirt bestehen können, ohne das Recht, das etwaige Aequivalent für sich behalten zu dürfen, vielmehr mit der Pflicht, das Erhaltene zu bestimmten Zwecken zu verwenden?

Aber da es mißlich ist, Neues aufzustellen, wo Altes ausreicht, und da wir schließlich doch wieder nur bei einem bedingten Veräußerungsrecht, wie bei einem bedingten Eigenthum ankommen würden, so ist das bedingte Eigenthum vorzuziehen.[2])

Fassen wir zum Schluß die beiden aus dem Vorstehenden gewonnenen Hauptsätze zusammen, so ergiebt sich:

1. Die Kommission ist eine lediglich in Kollektivbezeichnung zusammengefaßte Summe von Einzelpersonen, v. Jhering S. 21, 29, 30.

---

[2]) Unvollkommen ist das römische Pfandrecht arg. l. 5 C. si vendito pignore 8, 29 (30). Vorzeitiger Pfandverkauf des Gläubigers ist nicht nichtig, trotzdem sein Recht unter Zwecksatzung gestellt ist. Letztere, zur Bedingung nicht entwickelt, bindet das rechtliche Können des Gläubigers nicht und darum ist m. E. Unterschlagung durch vorzeitigen Pfandverkauf nicht möglich.

Digitized by Google

2. Das zur Zweckverfolgung der Kommission gegebene Vermögen besteht im bedingten Individualeigenthum, dessen Bedingung zum Inhalt hat, daß es nicht zu anderen als den vorgeschriebenen Zwecken verwendet werde.[3])

Beides steht im innigsten Zusammenhange, Individualvermögen einerseits, persönliche Haftung und Berechtigung andererseits. Wir werden diesen Zusammenhang noch wiederholt berühren und insbesondere bei der beschränkten Haftung bestätigt finden.

Welcher Art sind das Eigenthum und die Bedingung? Letztere kann eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung sein. Steht das Gegebene noch im Eigenthum der Hintermänner, tritt es durch Erfüllung der Bedingung einen juristischen Moment in das Eigenthum der Kommission, oder geht es an die Kommission über und fällt je nach ordnungsmäßiger oder zweckwidriger Verwendung an die Dritten oder an die Hintermänner? Ersteres würde die Hintermänner jederzeit zur Vindikation berechtigen ohne Rücksicht auf den Stand der Sache. Dies würde die Kommission in eine unnöthige Abhängigkeit von ihren Hintermännern bringen, Letzteres aber scheint nicht gerechtfertigt. Mehr befriedigt die Resolutivbedingung der Nichtverwendung zu anderen als erlaubten Zwecken. Die Kommission ist Herrin des Vermögens, verscherzt dasselbe jedoch, falls sie es zu verbotenen Zwecken verwendet. Es wird in demselben Augenblicke ihr fremd und sie begeht durch rechtswidrige Zueignung Unterschlagung resp. Diebstahl. Fehlt die Zueignungsabsicht, so ist freilich die Verfügung an sich nichtig, aber es liegt kein strafbares Delikt vor. Bei der Suspensivbedingung wäre allerdings die

[3]) Das bedingte Eigenthum könnte auch unselbständiges Zweckvermögen heißen, aber diese Bezeichnung ist an der eigentlichen Bedeutung des Wortes Zweckvermögen gemessen eine contradictio in adiecto. In Wirklichkeit haben wir eine echte „fiduziarische Stiftung" (Kohler a. a. O.). Die dem Zweckmomente mangelnde Dauer beweist nicht, daß das Vorhandene, so lange es existirt, vermöge Zweckfatzung vom übrigen Vermögen des Inhabers, Ausschuß oder juristische Person (z. B. Göttinger Universität mit besonderem Nebenfonds der R. N.'schen Stiftung, Regelsberger Pand. §. 86 Nr. 5) nicht gesondert sein könne. Das Gegentheil ist selbstverständlich, nur auf die Sonderung kommt es an und diese wird überall durch die Bedingung bewirkt. Im Folgenden wird unter Zweckvermögen schlechthin nur das selbständige Zweckvermögen verstanden.

Digitized by Google

juristische Rechtfertigung der zuletzt berührten Vorgänge einfacher, aber was wir hier vermeiden, kehrt bei der ordnungsmäßigen Disposition wieder. Denn die Bedingung tritt erst im Augenblick der zweckentsprechenden Verwendung ein, d. h. im Augenblick der Disposition, das Eigenthum der Kommission kommt nur für einen juristischen Moment zur Entstehung. Suspensiv- und Resolutivbedingung stehen also völlig gleich. Andererseits erlaubt die letztere ohne die Ueberschärfe der ersteren den Hintermännern, im gerechtfertigten Augenblick zu vindiziren, falls sie nämlich den Auftrag widerrufen. Das Nähere werden wir unten sehen.

Jetzt können wir auch die Parallele mit dem Kommissionär durchführen. Dieser erwirbt regelmäßig unbeschränktes Eigenthum an dem Gelde, welches ihm der Kommittent für seine Zwecke einhändigt, und von der Verkaufskommission abgesehen, verliert regelmäßig der Kommittent alle seine dinglichen Rechte an dem, was er dem Kommissionär in die Hand giebt. Er kann allenfalls mit der kontraktlichen Klage oder wegen ermangelnder Voraussetzung mit der condictio c. d. c. u. s. vorgehen, aber regelmäßig wird die Zweckbestimmung die Voraussetzung (oder den Modus) nicht zu einer Bedingung steigern, wie bei der Kommission. Darum hat der Kommittent auch keinerlei Interesse an einer äußerlichen Sonderung des dem Kommissionär Eingehändigten, woraus wieder folgt, daß der letztere zu einer solchen Sonderung nicht verpflichtet wird. Dieser Vergleich deckt uns die Verschiedenheit und doch wieder unzweifelhafte Verwandtschaft von Kommission und Kommissionär auf: die Pflicht zur Sonderung, die Steigerung der Voraussetzung resp. des Modus zur Bedingung einerseits und auf der anderen Seite die selbständige Stellung nach Außen und die persönliche Verpflichtung des Kommissionärs und der Kommissionsmitglieder. Diese Verwandtschaft beider Erscheinungen, die sich sogar in ihrer Unähnlichkeit zeigt, würde völlig ignorirt werden, wenn wir als die Grundlage der Kommission ein selbständiges Zweckvermögen nach Analogie der Stiftung annähmen, wir würden die Parallele verlieren und Zusammengehöriges durch eine schroffe Kluft scheiden.

Jetzt harrt unser noch die Frage, welchen Charakter das Eigenthum hat. Liegt römisches Miteigenthum vor, so könnte jedes Mitglied über einen ideellen Antheil selbständig verfügen, ohne

Digitized by Google

etwas Anderes als eine spätere obligatorische Verantwortlichkeit fürchten zu müssen. Das Gegentheil allein ist zweckmäßig und dürfte feststehen. Nicht der Einzelne ist selbständiger Herr eines ausgesonderten Antheils, über den er beliebig verfügen kann, wenngleich er es nicht darf, sondern nur die Kommission resp. ihr Bevollmächtigter kann irgend einen Theil von ihrem Vermögen veräußern. Jede auf schrankenlose individuelle rechtliche Selbstständigkeit gegründete Veräußerung eines Kommissionsmitgliedes ist nichtig. Der Einzelne kann nicht einmal veräußern, er ist gebunden, das Gegentheil wäre gefährlich.

Andererseits nehme man eine einzige Empfangsstelle für die von den Hintermännern gegebenen Beiträge an und man wird niemals zugeben, daß Derjenige, welcher das Geld einsammelt, alleiniger Eigenthümer desselben werde. Dies wird man auch dann abweisen müssen, wenn der Empfangnehmer das Geld später seinem Zweck endgültig zuzuführen hat. Da kann und darf er nicht anders verfahren, als die Kommission verfahren darf, kann und will, und nicht ein Einzelner kann bei der Auszahlung des Geldes interveniren, indem er sein ideelles Miteigenthum geltend macht, sondern nur die Kommission kann die Wirkung dinglicher Verträge ihres mit der Auszahlung betrauten Mitgliedes ganz oder zum Theil verhindern resp. nachträglich vindiziren. Der Einzelne kann nur als Vertreter oder Geschäftsführer der Uebrigen eintreten, um die Rechte der ganzen Kommission zu wahren, weil er andernfalls, indem er nach subjektiven Gutdünken handelt, ordnungswidrig verfahren würde. Die Sachlage scheint demnach mit Nothwendigkeit auf ein Gesammteigenthum der Kommissionsmitglieder hinzudrängen von der Art, daß der Einzelne nur gemeinsam mit den Uebrigen über das Ganze oder einen Theil verfügen kann. Auf die verschiedenen Kontroversen näher einzugehen, welche bei Stobbe II §§. 81, 82 dargestellt sind, fehlt hier die Veranlassung, und ich muß mich daher begnügen, auf den angeführten Schriftsteller zu verweisen. Jedenfalls soll hier nur das nach seinen Eigenschaften beschriebene Eigenthum als Gesammteigenthum bezeichnet werden.

Aus ihm ergiebt sich das gewünschte praktische Resultat, daß der Einzelne über keinen Vermögensbestandtheil selbständig verfügen kann, daß vielmehr die Kommission über Allem die Hand halten muß.

Digitized by Google

Man erreicht aber dasselbe mit dem römischen Miteigenthum, wenn man nur die Bedingung wirksam heranzieht. Ordnungsmäßige Verwendung ist die Bedingung für Nichtverlust des Eigenthums, und ordnungsmäßig ist, so lange nicht gerade die Kommission auf verbotenen Wegen wandelt, die selbständige Disposition über das Vermögen ohne Rücksicht auf die Kommission niemals. Mit dem Ausfall der Bedingung würde also auch die Dispositionsmacht des Einzelnen sogar über seinen ideellen Antheil hinwegfallen, er kann nicht veräußern, denn er hat nichts mehr zu veräußern.

Individuelle Selbständigkeit kann nicht gefährlich werden, denn sie kommt wegen Ausfalls der Bedingung überhaupt nicht mehr in Frage.

Andererseits sei einmal angenommen, daß die Mehrheit der Kommission ordnungswidrig handelt, eine unerlaubte Verminderung des Vermögens vornehmen will. Wo bleibt das Eigenthum? Man wird doch unmöglich annehmen wollen, daß den Mitgliedern der Minderheit durch die rechtswidrige Handlung der Mehrheit jegliche Dispositionsmacht über das Vermögen genommen wird. Im Gegentheil fordert es das praktische Bedürfniß, daß in solchen Fällen die Befugnisse der Minderheit sich verstärken, damit diese die wahren Interessen der Betheiligten gegen die ungetreue Mehrheit wahrnehmen kann. Das römische Miteigenthum bietet hierzu eine Handhabe, weil Erwerb und Verlust der einzelnen Quote selbständig bei den einzelnen Mitgliedern erfolgen kann; das Gesammteigenthum bindet jedoch Allen die Hände, den Ehrlichen wie den Unzuverlässigen. Wegen dieser Kehrseite kann dasselbe nicht zur Grundlage genommen werden, trotzdem es die Gebundenheit des Einzelnen auf eine besonders einfache Weise erklären würde. Aus didaktischen Gründen wäre es entschieden vorzuziehen gewesen. Es muß aber bei dem von Puchta S. 478 vertheidigten Miteigenthum der Mitglieder bleiben, welches allein eine befriedigende Antwort auf die zuletzt aufgeworfene Frage gewähren kann. Disponiren Mehrere oder ein Einzelner ordnungswidrig ganz oder theilweise über das Kommissionsvermögen, so verlieren sie dadurch entsprechend ihren Antheil und haben folgeweise kein Dispositionsobjekt. Nothwendiger Weise muß ihre Quote irgendwo bleiben, sie muß zu den Gebern zurückkehren oder den übrigen Kommissionsmitgliedern anwachsen.

Digitized by Google

Das Letztere ist grundsätzlich vorzuziehen, weil dadurch das vorhandene Vermögen für seinen Zweck am besten bewahrt wird. Versagen auch die übrigen Mitglieder, verstoßen auch sie gegen den Inhalt der Bedingung, so kehrt das Eigenthum ipso jure an die Hintermänner zurück. Sind die Gegenstände ihrer Herkunft nach individuell erkennbar, so fallen sie ihren früheren Eigenthümern wieder an, die übrige ununterschiedene Masse fällt nach Maßgabe der geleisteten und nicht zurückerhaltenen Beiträge in das Miteigenthum der Hintermänner. Alles kann sofort vindizirt werden. Diese Regeln gelten natürlich nur vorbehältlich der schon einmal angeführten Ausnahmen des gutgläubigen Erwerbs, der Vermischung u. s. w.

Eine Veräußerung der Quote wird jedoch kaum jemals stattfinden, das Regelmäßige ist Veräußerung einer einzelnen Sache. Dieselbe kann offenbar, soweit nicht die soeben bezeichneten Ausnahmen durchgreifen, ebenfalls nicht stattfinden, bewirkt aber nur vollständige Konsolidation des Eigenthums an dieser konkreten Sache bei den Uebrigen. Entweder wird in Folge seiner Unregelmäßigkeiten das betreffende Mitglied entfernt, oder die Kommission behält dasselbe trotzdem. Dann wird ihm seine alte Stellung wiedergegeben und es tritt zu dem Vermögen wieder in das alte Verhältniß. Wir brauchen es daher nicht zu fürchten, daß ein Mitglied an einigen Bestandtheilen des Kommissionsvermögens sein Miteigenthum verliert. Ja nicht einmal die nachträgliche Korrektur ist unumgänglich nothwendig, denn es ist gar kein Grund abzusehen, warum nicht einmal irgend ein Mitglied von dem Eigenthum an einer Sache ausgeschlossen sein könnte. So lange nur die Kommission, d. h. die Mehrheit, ordnungsmäßig handelt, liegt gar kein Grund vor, und gegen Unregelmäßigkeiten aller Mitglieder und wenigstens schon der Mehrheit ist überhaupt kein Kraut gewachsen. Ich weiß sehr wohl, daß gegen Unredlichkeiten ein dingliches Recht das vorhandene Vermögen sehr selten schützt, aber mit dem Zweckvermögen steht es nicht besser, andererseits lag mir daran, theoretisch den Beweis zu erbringen, daß die hier vertretene Ansicht auf keine Frage die Antwort schuldig bleibt.

Daß sie auch für den strafrechtlichen Schutz gegen Diebstahl und Unterschlagung eine genügende Grundlage bietet, haben wir

Digitized by Google

oben schon gesehen; die ganze Kommission kann strafrechtlich haftbar werden, die Inhaber wegen Unterschlagung, die Uebrigen wegen Diebstahls.

Oben S. 89 ff. wurde schon die Frage des Erbfalls und der Konkurseröffnung gestreift, dieselbe fordert hier noch einige Worte. Mit dem Tode des Kommissionsmitgliedes erlischt auch das Mandat, sein Antheil am Kommissionseigenthum ist daher ohne Rechtfertigung, er kann als solcher seinem Zwecke nicht mehr zugeführt werden und konsolidirt sich daher wegen des Inhalts der Bedingung ipso jure im Augenblick des Todes mit den Quoten der Uebrigen; er scheidet also aus und hört auf, rechtlich zum Privatvermögen zu gehören. Dies gilt von allen zum Kommissionsvermögen gehörenden Gegenständen, welche sich in der Masse vorfinden. Konkurseröffnung macht das Mandat nicht ohne Weiteres hinfällig, es bleibt daher das Mitglied in der Kommission, es wird also die Zweckerfüllung der betreffenden Eigenthumsquote als solcher nicht unmöglich. Diese bleibt folglich an sich als bedingtes Eigenthum bei dem Gemeinschuldner (jedoch s. unten S. 107 f.), aber die Bedingung der zweckentsprechenden Verwendung verhindert, daß der Konkursverwalter die Quote resp. die in der Masse vorhandenen Sachen zur Befriedigung der Gläubiger verwenden darf und kann. Diesen selben Gedanken spricht im Grunde Regelsberger S. 30 für die Sammelkomitees aus. „Die Zweckbestimmung bewirkt ferner, daß das Gesammelte — bei Geld Unvermischtheit vorausgesetzt — von den Gläubigern des Sammlers nicht als Befriedigungsobjekt in Anspruch genommen werden kann, und daß es beim Konkurs eines Sammlers nicht in die Konkursmasse fällt.“ Die Form, in welcher dies bewirkt wird, ist eben die Bedingung im Gegensatz zu der schwächeren Voraussetzung beim Kommissionär. Kohler a. a. O. S. 282 vertheidigt für die fiduziarische Stiftung bei Konkurs die utilis rei vindicatio, m. E. können wir, wie hier geschehen, ruhig weiter gehen und die reine vindicatio annehmen.

Mit dem Widerruf des Mandats, dem Ausscheiden aus der Kommission wird die Zweckfatzung naturgemäß überall hinfällig, die Vermögensquote als solche bei dem betreffenden Mitgliede zwecklos, die Bedingung unmöglich, und daher tritt wieder ipso jure Konsolidation ein. Das Eigenthum steht und fällt mit dem Verbleiben in

Digitized by Google

der Kommission, jedoch ist Ausscheiden nur ein Fall, in welchem die Bedingung in Funktion tritt.

Treten in die Kommission neue Mitglieder, so kommt es auf das Einverständniß der Hintermänner an. Liegt dieses bei Wahl oder erlaubter Kooptation vor, so nimmt der Neueintretende an allen Rechten und Pflichten der Kommission Theil, fehlt jedoch die Billigung, so kann sich das neue Mitglied wohl dritten, wie die Uebrigen, und den Hintermännern als Geschäftsführer verpflichten, jedoch sind damit alle Wirkungen erschöpft, soweit nicht mangels eines ausdrücklichen Verbotes durch die Hintermänner die actio neg. gest. directa statthaft ist. Vom Eigenthum ist das neue Mitglied in jedem Falle ausgeschlossen.

Das Verhältniß der Mitglieder der Kommission unter einander ist schon oben S. 70 im Allgemeinen erörtert worden und zugleich auf den Unterschied vom Verein hingewiesen. Regelmäßig stehen zwei Möglichkeiten zur Wahl. Entweder, wie oben auch erwähnt, die Mitglieder übernehmen untereinander bestimmte Leistungen bei der Geschäftsvertheilung in gewöhnlichen Leistungsverträgen, oder, wo dies nicht geschehen ist, „ist das Verhältniß lediglich faktischer Art, ganz so wie die Verabredung Mehrerer zu einem gemeinsamen Spaziergang oder zum Besuche eines Theaters; jedes Mitglied kann sich der zugesagten Mitwirkung vorübergehend oder dauernd enthalten und jeder Zeit seinen Austritt erklären, ohne daß sich daran rechtliche Folgen knüpfen, insofern nicht die Voraussetzungen zu einer actio doli gegeben sind". v. Ihering S. 22 f. Es fragt sich was das Regelmäßige ist. Die Antwort kann meines Erachtens nur lauten, daß im Zweifel zwischen den Mitgliedern vollgültige Leistungsverträge angenommen werden müssen. Der Neigung, Alles auf bloß moralische thatsächliche Garantien zurückzuführen, ist kein Vorschub zu leisten, und darum müssen wir das geschäftliche Leben der Kommission thunlichst unter feste Normen bringen. Der Vertrag zwischen den Mitgliedern ist ein Mandat, wo immer ein besonderes Honorar nicht gezahlt wird. Seltener ist eine locatio conductio operarum oder operis anzunehmen. Sie kommen allerdings vor, zumal wenn ein kaufmännisches Mitglied als Kassenwart oder Buchhalter u. dergl. engagirt wird. Regelmäßig wird in solchen Fällen eine locatio conductio operarum am nächsten liegen, jedoch

Digitized by Google

ist zu beachten, daß als Dienstherr nicht schon jeder Einzelne allein, sondern nur in Verbindung mit den Uebrigen auftreten darf. Sonst könnte ja Jeder beliebig in die Geschäfte hineinreden. Ueberhaupt muß im Zweifel angenommen werden, daß nicht der Einzelne selbständig vorgehen darf, er vielmehr nur mit den Uebrigen zusammen handeln (kann oder) darf. Dabei wird im Zweifel anzunehmen sein, daß nicht Einstimmigkeit, sondern nur Mehrstimmigkeit verlangt wird.

Die Kommission ist in dubio nicht bloß ein Mehrheitsverband der wechselseitigen Verpflichtung, insofern jedes Mitglied den Uebrigen verpflichtet ist, alle Mehrheitshandlungen gegen sich gelten zu lassen, vielmehr hat der Einzelne auch die Pflicht, wo die Kommission zuständig ist, sich keine selbständigen Dispositionen anzumaßen. Im Uebertretungsfalle würde er nicht bloß den Hintermännern, sondern auch den übrigen Mitgliedern schadenersatzpflichtig.

In einem Punkte zeigt sich jedoch regelmäßig oder wohl ausnahmslos die Kommission als ein Ding von rechtlicher Bedeutung. Hat ein Mitglied eine Kommissionsschuld freiwillig oder in Folge richterlichen Urtheils bezahlt, so hat, wenn Alles normal verlaufen ist und die Hintermänner insolvent geworden sind, das zahlende Mitglied einen entsprechenden Rückgriff gegen die Uebrigen. Dies ist in jedem Fall anzuerkennen, ob wir sonst auch jegliche juristische Beziehung zwischen den Mitgliedern leugnen mögen. Sie sind alle zu verhältnißmäßiger gegenseitiger Schadloshaltung verpflichtet, falls ein Mitglied in Folge Insolvenz der Hintermänner mit seinen nothwendigen und gerechtfertigten Anforderungen über seinen Kopftheil hinaus belastet wird. Jedoch darf der Regreßberechtigte sich nicht früher an seine Genossen halten, als bis feststeht, daß er weder aus dem Kommissionsvermögen noch von den Hintermännern befriedigt wird. Dies entspricht der Parteiabsicht, denn es ist ohne Frage abzulehnen, daß man dem einzelnen Mitgliede das Risiko des Zufalls auflegen will, welcher den Sondergläubiger zur Auswahl bei seiner Klageanstellung bestimmt. Andererseits dienen zur Schadloshaltung in erster Linie Kommissionsvermögen und Hintermänner, und daher hat der Regreßberechtigte zunächst bei ihnen sein Glück zu versuchen. Das Letztere rechtfertigt sich ohne Weiteres aus dem Mandat, das Erstere, die Haftung der übrigen Mitglieder mit dem

Digitized by Google

Kommissionsvermögen vor den Hintermännern, ist als zweckentsprechend stillschweigend vereinbart, und daher ist auch eine direkte Klage des Einzelnen gegen seine Kollegen zulässig. Im Einzelnen ist auf diesen Fall die Bürgschaft mit dem beneficium excussionis und divisionis anzuwenden.

Das Verhältniß zu Dritten bemißt sich nach den oben S. 82, 89, 95 schon berührten Grundsätzen. Die Kommissionsmitglieder handeln im eigenen Namen und haften dementsprechend persönlich. Sie sind in einem Prozesse die rechten Kläger und Beklagten, sie kommen den Dritten mit ihrem gesammten Vermögen für die kontrahirten Schulden auf und ihnen stehen alle Rechte zu.

Ich beziehe mich auf die Ausführungen v. Jhering's S. 25 ff., dem zustimmt Regelsberger S. 33. Nicht dawider für Sammelkomitees Bekker S. 284 f., dagegen (für Sammelkomitees) Dernburg I. §. 62 A. 8 und Brinz III. §. 44 o. a. E. Die Gegner übersehen, daß die Mitglieder ihren Hintermännern gegenüber persönlich berechtigt und verpflichtet werden, und daß jedenfalls die nach der Konstituirung der Kommission mit den Hintermännern abgeschlossenen Geschäfte (Mandat) in derselben Form und Weise entstehen wie die Geschäfte mit Dritten. Also entweder liegt überhaupt kein Zweckvermögen vor oder es dient auch zur Grundlage für die Rechtsverhältnisse zwischen Kommission und Hintermännern. Letzteres — praktisch und theoretisch gar nicht zu rechtfertigen — wird sicherlich nirgends Anklang finden und zwingt daher nothwendig, auch das Erste zu verwerfen.

Das persönliche Kontrahiren entspricht durchaus dem Thatbestande und, wie wir unten sehen werden, sogar dort, wo beschränkte Haftung vorliegt. Wir haben oben S. 82, 88 fg., 95 verschiedene Gründe gegen das Zweckvermögen kennen gelernt, die es nicht erlauben, ohne besondere Gründe von der persönlichen unbeschränkten Haftung der Kommissionsmitglieder abzusehen. Man erwäge außerdem noch Folgendes: Die Kommissionsmitglieder haben unzweifelhaft die Absicht, ihren Zweck zu erreichen, ohne mit ihrem Privatvermögen einspringen zu müssen, es scheint daher billig, sie nur mit dem Kommissionsvermögen haften zu lassen, und da würde sich dann das Zweckvermögen scheinbar ganz hervorragend empfehlen, sozusagen von selber sich einstellen. Abgesehen davon, das dies, wie

Digitized by Google

unten bei der beschränkten Haftung zu zeigen, irrig ist, stehen folgende Bedenken entgegen. Seinen Etat inne zu halten, ist auch das Streben und die unzweifelhafte Absicht des Kommissionärs, er will unter Umständen sogar verdienen, trotzdem wird Niemand dem Dritten zumuthen, sich mit der beschränkten Haftung des Kommissionärs zu begnügen. Wo bliebe die ganze Sicherheit des Verkehrs? Soll nun der Dritte, welcher mit einer Kommission kontrahirt, schlechter gestellt werden? Dies könnte eine ersprießliche Thätigkeit der Kommissionen hindern, ihnen selber schaden. Etwas Anderes wäre es, wenn die Kommission ihre Haftung ausdrücklich auf den vorhandenen Fonds beschränkte. Unter solchen Umständen, aber niemals sonst, wäre eine beschränkte Haftung gerechtfertigt,. für die Regel ist im Interesse des Verkehrs das Gegentheil zu behaupten. Wenn auch an der Absicht der Kommissionsmitglieder, an ihrem eigenen Vermögen keine Einbuße zu erleiden, im Allgemeinen gar nicht gezweifelt werden kann, so wird dieselbe dadurch aber noch keineswegs zur lex contractus. Eine solche Annahme wäre geradezu höchst gefährlich, ungerecht und auch nicht zu rechtfertigen. Denn die Kommission hält es bei ihren Verträgen regelmäßig nicht einmal für angezeigt, ihr Gegenüber mit dem Stand ihres Vermögens bekannt zu machen. Dies wäre doch das Geringste, was der Dritte verlangen könnte, es geschieht jedoch niemals, und falls der Dritte ein dahingehendes Verlangen stellen wollte, würde man ihm antworten: Das geht dich gar nicht an.

Wenn nun ein gewöhnlicher Vertrag geschlossen ist und das Zweckvermögen geht kasuell unter, wo bleibt da der Dritte mit seinem Anspruch? Nach diesseitiger Ansicht hält er sich nach wie vor an die einzelnen Personen und ihr gesammtes Vermögen, nach der Theorie vom Zweckvermögen ist er schutzlos, trotzdem beim Vertragsschluß ihm gegenüber von beschränkter Haftung kein Wort gesagt ist. Wie will man noch folgenden Fall entscheiden:

Um das Verbandsfest der gesammten Turnvereine einer Provinz vorzubereiten, wird eine Kommission eingesetzt. Die Kosten sollen aus den vom Verband ausgeworfenen Mitteln und aus dem auf dem Festplatze zu erhebenden Eintrittsgeld bestritten werden. Einige Mitglieder des Ausschusses zeichnen für den Fall eines Defizits je 1500,

Digitized by Google

1000, 800 Mk. u. s. w. Diese Thatsache wird wie andere Einzelheiten im großen Publikum bekannt und die Absicht nur beschränkt, höchstens bis zum Belaufe der gezeichneten Summe zu haften, ist unzweifelhaft. Nachdem das Defizit auch diese Garantiezeichnungen verschlungen hat, klagen noch einige Geschäftsleute gegen die Kommission aus gewöhnlichen Verträgen, wie sie bei solchen Gelegenheiten abgeschlossen werden, die nichts Besonderes haben, außer daß der eine Kontrahent eine Kommission genannte Personenmehrheit ist. Niemand wird das Herz haben, die klagenden Dritten abzuweisen, vielmehr wird jeder Richter, trotzdem die Garantiezeichnung schon längst überschritten ist, die Beklagten zur Zahlung des Ganzen verurtheilen. Dies widerspricht aber der Lehre vom Zweckvermögen durchaus. Durch die Zeichnung wäre danach die Haftung ein für alle Male begrenzt worden und mit Erschöpfung des Zweckvermögens und des gezeichneten Zuschusses wäre die dem Dritten gebotene Möglichkeit, zu seinem Gelde zu kommen, ebenfalls erschöpft. Dies scheint um so durchschlagender, als die Thatsache der Garantiezeichnung überall bekannt war, wenn sie auch nicht beim Vertragsschluß erwähnt wurde. Man könnte vielleicht mit einer culpa in contrahendo helfen und die Kommission unter diesem Gesichtspunkte wegen übermäßigen Kontrahirens haftbar machen, aber dieses überhaupt nicht einwurfsfreie Mittel versagt jedenfalls dort, wo es an aller culpa fehlt, z. B. durch Regenwetter werden die Besucher vom Festplatze ferngehalten und die erhoffte Einnahme aus den Eintrittsgeldern bleibt aus. Da für den Regenfall die Kommission nicht verantwortlich gemacht werden kann, müßten konsequenter Weise hierunter die Dritten leiden und sie würden sich doch mit Recht beschweren: Uns ist von alledem kein Wort gesagt, die Kommissionsmitglieder, welche die ganze Sache angefangen und ihre Hände hineingesteckt haben, sind reiche Leute und wir sollen trotzdem für unsere redliche Arbeit und reelle Waare keinen Lohn haben. Solche Klage müßte man überall hören, wo eine Kommission mit einem Spekulationsfonds wirthschaftet, d. h. wo der Bestand des Vermögens veränderlich, sein Umfang von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig ist. Daß man darüber so gänzlich schweigt, ist Beweis für eine dem Zweckvermögen durchaus entgegenstehende Praxis. Wenn die Ausschußmitglieder sich einmal mit solchen Sachen befaßten, so ist es billig,

Digitized by Google

ihnen und nicht den ahnungslosen Geschäftsleuten das Risiko aufzulegen, und dies rechtfertigt sich nach der diesseitigen Theorie sehr einfach. Grundsätzlich haften die Ausschußmitglieder mit Allem, was sie haben, ob es aus ihrem Privatvermögen stammt, oder in irgend welcher Form für ihre Zwecke zusammengebracht ist, z. B. von Hintermännern oder aus entgeltlichen Geschäften.

Daran ändert auch die Garantiezeichnung nichts, denn diese ist völliges Internum, sie ist abgegeben zu Gunsten der Hintermänner in Form einer direkten Zusage an die Kommission. Mit ihr erklärt der Zeichner, vor allen Anderen in die Bresche springen zu wollen; die Kommission kann daher ihn zur Zahlung auffordern, bevor sie von ihren Hintermännern neue Bewilligungen verlangt. Daran ändert das zufällige Bekanntwerden der Garantiezeichnung nicht das Mindeste, dasselbe ist auf keinen Fall zur Interpretation der lex contractus zu verwerthen, so lange nicht diese selbst bestimmte Rücksicht darauf nimmt. Daran mangelt es aber regelmäßig durchaus, denn die bloße Thatsache, daß eine Kommission den Vertrag abgeschlossen hat, genügt hierzu nicht.

Verträge von Ausschüssen ihrem Wesen nach als Verträge in Vertretung eines Zweckvermögens aufzufassen und darin das Wesen des Ausschusses zu finden, ist nicht gerechtfertigt. Wir werden unten beim Komitee noch eine Personenmehrheit ohne die Bezeichnung Ausschuß u. s. w. kennen lernen, an welcher sich das Eigenthümliche des Ausschusses im Verhältniß zum Dritten zeigen wird. Hier muß ich einstweilen die persönliche Haftung der Kommissionsmitglieder betonen. Dieselbe rechtfertigt sich dogmatisch daraus, daß entweder ein einzelner Bevollmächtigter oder die Mehrheit alle Uebrigen vertritt. Denn die Kommission ist ein Verband nicht bloß der gegenseitigen Verpflichtung sondern auch der wechselseitigen Vertretung; die Handlungen der Mehrheit verpflichten auch die Minderheit nach Außen. Jeder haftet für Alles und nimmt gemeinsam mit den Uebrigen an allen Rechten Theil.

Die Klage ist anzustellen gegen alle oder einzelne Mitglieder, die Verurtheilung geht für den Einzelnen auf das Ganze. Gegen die Exekution in das Privatvermögen können die Privatgläubiger keinen Einspruch erheben. Geht sie vor sich, so erwächst dem Schuldner aus ihr ein Regreßanspruch gegen die Hintermänner und, soweit

Digitized by Google

Kommissionsvermögen vorhanden ist, gegen die übrigen Mitglieder. Der Verlust auf der einen Seite wird also durch einen Gewinn auf der anderen Seite aufgewogen und an ihm können sich die Privatgläubiger entschädigen. Die Sondergläubiger, d. h. die Gläubiger aus Kommissionsgeschäften, können nach ihrer Wahl an das Kommissions- oder an das Privatvermögen der Mitglieder sich halten, dagegen haben die Privatgläubiger kein Recht auf Exekution in das Kommissionsvermögen. In dem Augenblick, wo sie eine solche versuchen würden, träte die Resolutivbedingung in Kraft und verhinderte juristisch, daß das Kommissionsvermögen seinen Zwecken entfremdet würde. Zur Einlegung des Widerspruchs sind befugt und den Hintermännern verpflichtet in jedem Falle die Mitglieder der Kommission, insbesondere der Schuldner selber, ferner sind dazu berechtigt die Hintermänner. Die Sondergläubiger haben dagegen kein, Recht Widerspruch zu erheben, so wenig wie irgend ein nicht dinglich geschützter Gläubiger überhaupt. Sie haben auch keinerlei Interesse. Da ihnen Kommissions- und Privatvermögen haften, müssen sie sich durch die Exekution eines Privatgläubigers stets eine Schmälerung der Haftobjekte gefallen lassen, und es kommt im wirthschaftlichen Endergebniß für sie auf dasselbe hinaus, ob ihr Konkurrent aus dem Privatvermögen oder aus dem Fonds der Kommission befriedigt wird.

Die Haftung der Mitglieder geht unter nach allgemeinen Grundsätzen, sie ist daher auch vererblich, soweit aus ihr schon eine effektive Schuld entstanden ist. Insbesondere durch Austritt aus der Kommission kann man sich nicht von ihr befreien. Dies ist auch ganz billig, wer seine Hand in fremde Angelegenheiten steckt, muß Alles nehmen, wie es fällt, und seine Erben dürfen sich nicht darüber beklagen. Etwaige Unbesonnenheiten des Erblassers fallen besser seinen Erben zur Last, als daß sie auf Dritte abgewälzt werden.

Wird über das Privatvermögen eines oder aller Mitglieder Konkurs eröffnet, bleibt an sich Alles beim Alten. Die Sondergläubiger werden Konkursgläubiger. Das Kommissionsvermögen seinem Zweck zu retten, ist Sache der Aussonderungsberechtigten (K O. §. 35). Diese können nur sein die Kommissionsmitglieder und die Hintermänner. Verfällt nur ein Theil der Kommission in Konkurs, so ist den übrigen Mitgliedern unzweifelhaft die Befugniß zuzusprechen, zu interveniren.

Digitized by Google

Versäumen sie sich, so wird man als bedingt Berechtigte auch die Hintermänner zulassen. Die Frage ist nur, ob der resp. die Gemeinschuldner, also im Nothfalle eines allgemeinen Konkurses, die Kommissionsmitglieder einschreiten können.

Diese Frage muß m. E. nach §§. 2, 5. K.O. verneint werden, denn ob das Kommissionsvermögen rechtlich ausscheidet, ob die Konkurseröffnung die Resolutivbedingung eintreten läßt, oder ob das Gegentheil der Fall ist, das Vorhandene gehört entweder nach §. 1 K.O. zu der in §. 5 K.O. bezielten Konkursmasse und der Gemeinschuldner verliert nach Konkursrecht die Disposition oder er verliert sie wegen Eintritts der Bedingung.

Diese Frage wird voraussichtlich niemals praktisch werden, denn die thatsächlichen in der Auswahl der Kommissionsmitglieder gegebenen Garantien schützen davor, ein Mitglied wird mindestens übrig bleiben, welches nicht in Konkurs verfällt.

An der Haftung für alle Schulden nehmen auch die Neueingetretenen Theil. Sie stellen sich durch ihren Eintritt mit den Uebrigen auf eine Linie und haften darum auch auf die vor ihrer Zeit kontrahirten Schulden, denn es ist den Gläubigern nicht zuzumuthen, Unterscheidungen zu machen, für welche ihnen jeder Anhalt fehlt.

Eine schwierige Frage wäre, wie die Hintermänner, welche das Kommissionsvermögen an sich gezogen haben, haftbar zu machen wären. Es ist hierbei immer zu beachten, daß die Sondergläubiger nicht deshalb vor den Privatgläubigern bevorzugt werden dürfen, weil ihre Schuldner sich im Dienste des von ihnen und ihren Hintermännern verfolgten Zweckes verpflichteten. Die hier so genannten Sondergläubiger sind mit den Privatgläubigern in allen Stücken gleichberechtigt. Ihnen haftet das ganze Vermögen ihrer Schuldner wie den Privatgläubigern, und durch ihre Bevorzugung im Konkurse wird nicht einmal die Erreichung des Zweckes der Kommission gefördert. Im Gegentheil würde die Selbsterhaltung dem Privatgläubiger gebieten, sobald ihr Schuldner sich an einer Kommission betheiligt, möglichst schnell und rücksichtslos zuzugreifen, damit die Konkurrenz der Sondergläubiger ihnen nicht gefährlich werde. Unter solchen Umständen würden Manche sich von der Theilnahme an einer Kommission zurückhalten, weil sie ihre Privatgläubiger nicht zum

Digitized by Google

Kriege aufrufen wollen. Warum soll man denn schließlich die Sondergläubiger bevorzugen, sie konnten ja vor dem Vertragsschluß überlegen, was sie thaten, da ihnen der Schuldner persönlich haftet. Die Sondergläubiger werden daher gewöhnliche Konkursgläubiger und können andererseits die Hintermänner, zu denen sie in keinerlei Beziehung stehen, nicht direkt angreifen. Dies erschiene ungerecht. wenn nicht die Hintermänner als Mandatsschuldner der Kommissionsmitglieder gezwungen wären, am Verfahren theilzunehmen, so daß sie trotz der Rücknahme des Vermögens im Resultat denselben Aufwand machen müßten, es sei denn, daß die Schulden der Kommissionsmitglieder an den Sondergläubiger geringer wären, als das Vermögen. Ihr eigenes Interesse wird jedoch die Hintermänner veranlassen, um den Kredit ihres Unternehmens nicht zu erschüttern, mit dem zurückgenommenen Vermögen die Sondergläubiger direkt zu befriedigen. Damit scheiden diese als Gläubiger und die Hintermänner als Mandatsschuldner aus dem Konkurse aus und dieser geht nur mit den Privatgläubigern vor sich.

Setzen wir trotz der zu Tage liegenden thatsächlichen Garantien den Fall eines allgemeinen Konkurses der Kommissionsmitglieder, so wird praktisch die Sache voraussichtlich folgendermaßen sich gestalten. Der alten Kommission wird das Vermögen abgenommen und einer neuen gegeben, an diese werden die Sondergläubiger verwiesen und von ihr befriedigt. Die Hintermänner können ihre Ziele ungestört verfolgen und die Sondergläubiger kommen zu ihrem Gelde, ohne daß die Privatgläubiger ungerecht verkürzt werden.

Von einer Beendigung der Kommission kann man nur in dem Sinne reden, daß man darunter die Endschaft der persönlichen Rechtsverhältnisse der Mitglieder versteht.

Gegen Dritte wirkt endigend nur die völlige Schuldtilgung in irgend einer Form. Das Mandat der Hintermänner endet nach allgemeinen Mandatsgrundsätzen. Also kann, wie wir schon sahen, Austritt resp. Auflösungsbeschluß der Kommission nur insofern wirken, als die obengenannten Umstände in ihrer Begleitung auftreten. — Auflösungsbeschluß hat an sich weder gegen Hintermänner noch gegen Dritte irgend welche Wirkung, ist eine rein innere Sache der Kommission. Darum kann sich kein Mitglied gegen Nichtmitglieder darauf berufen, z. B. wenn trotz dieses Beschlusses ein bisher zur

Digitized by Google

Vertretung Bevollmächtigter im Namen der Kommission ein Geschäft schließt, das nicht ersichtlich dem Zwecke derselben fremd war. Der Auflösungsbeschluß verpflichtet nur die Mitglieder unter einander zu einem entsprechenden Verhalten. Auch dies findet nicht statt, wenn in demselben gegenüber den Hintermännern eine solche Vernachlässigung der Pflichten vorläge, daß der Vertrag als contra bonos mores nichtig wäre.

Wir haben oben S. 78 gesehen, daß die Hintermänner der Kommission solidarisch einstehen überall, wo sie unbeschränkt haften. Nun entspricht es ihrer Willensmeinung gewiß nicht, daß eventuell alle Auslagen bei dem Einen haften bleiben sollen. Einigten sie sich also über eine Kommission, der sie unbeschränkt aufzukommen haben, so liegt darin auch nothwendig die Uebernahme der Pflicht, Alles gemeinsam nach irgendwie bemessenen Antheilen zu tragen. Hierfür giebt unter Umständen einen Anhalt ausdrückliche Vereinbarung, oder der Antheil erhellt aus der Höhe der einstweilen geleisteten resp. versprochenen Beiträge. Im Zweifel muß den Maßstab die Kopftheilung geben, und ihr entsprechend muß auch der Rückgriff unter den Hintermännern zulässig sein.

Des erleidet eine Ausnahme, wenn beschränkt haftende Hintermänner schadenspflichtig werden wegen Widerrufs. Da scheint mir die Theilung nach Verhältniß der Beiträge angemessen, z. B. Solothurn und irgend ein kleines Dorf widerrufen, ersteres hat 20 000 Mark, letzteres 1000 Mark endgültig gezeichnet resp. gegeben. Es entsteht in irgend welcher Form — man denke sich, daß die von allen Mitteln entblößte Kommission, außer Stande, einen bestimmten Vertrag zu erfüllen, in eine hohe Konventionalstrafe verfällt — aus dieser Veranlassung ein Schaden von 42 000 Mark, das Internationale Komitee resp. der Exekutivausschuß klagen ihn ein gegen Solothurn, dieses kann nur 2000 Mark und nicht 21 000 Mark im Rückgriff einfordern.

Sonstiges Verschulden Mehrerer kann höchstens zur Grundlage für einen Rückgriff nach Kopftheilen werden.

Das bisher von der Kommission Dargestellte gilt aber nicht ohne Weiteres von den Unterkomitees eines größeren Ausschusses, z. B. eine Kommission oder ein Komitee theilt sich in mehrere Unterkomitees oder bestellt aus sich selber ein besonderes Unterkomitee.

Digitized by Google

Dies hat natürlich seinen Grund in der Geschäftsvertheilung. Im Einzelnen ist möglich:

1. Die Unterkomitees bilden eine bloße Summe von Ausschüssen, die sich durch bestimmte Leistungsverträge zu einem bestimmten Verhalten gegenseitig verpflichtet haben. Dann ist jedes so zu beurtheilen, als ob es allein stände, und wird sich bald als Kommission, bald als Komitee darstellen.

2. Das Unterkomitee steht zum Hauptverbande im Verhältniß einer echten Kommission.

3. Oder es kann als ausgesonderter Komiteetheil in Wirklichkeit den ganzen Ausschuß und als Theil desselben sich selber darstellen, wie ein im Namen des ganzen Ausschusses handelndes Mitglied den ganzen Ausschuß und somit auch sich selber darstellt. Gleichzeitige Haftung des Vertreters und Vertretenen.

4. Oder dieselben Mitglieder sind zufällig ganz oder theilweise in zwei verschiedenen Ausschüssen. Dieser äußere Zusammenhang besteht zwischen Initiativ- und internationalen Komitee.

Der Exekutivausschuß des internationalen Komitees dürfte unter Nr. 2 gehören, dagegen hat R. O. H. G. XVIII. S. 337 entschieden, daß sogenannte Revisions- und Finanzkomitees, in welche der Vorstand einer A.G. zerfällt, nicht Bevollmächtigte des Vorstandes, sondern, soweit sie die Gesellschaft vertreten, der Vorstand selbst sind. Dies würde nur zu Nr. 3 passen.

§. 4. Fortsetzung. Das Komitee.

Der Unterschied zwischen Komitee und Kommission ist oben dargelegt, S. 72 fg., 82 fg. Wir sahen bisher keine Gründe, das Komitee seiner Natur nach im Allgemeinen anders zu begreifen und zu behandeln als die Kommission. Im Einzelnen werden uns jedoch einige Besonderheiten aufstoßen. Wir kennen die Komitees gar nicht anders denn als Sammelkomitees, z. B. zur Errichtung eines Denkmals, eines Gebäudes, Unterstützung von Verunglückten u. s. w. Die einzig mögliche Scheidung ist die von Bekker S. 283 und Regelsberger S. 28 gemachte. Entweder man will direkte Zuwendung an dritte Personen (Wohlthätigkeitskomitee), oder Erreichung eines allgemeinen Zweckes (Denkmals-, Sedan-Komitee). Jedoch werden wir in Uebereinstimmung mit den Ausführungen

Digitized by Google

auf S. 85 ff. ersehen, daß dieser Scheidung nur Besondernheiten in Einzelfragen entsprechen. Da dieselben eine durchgehende Trennung der Darstellung nicht rechtfertigen, wird ihnen ihre Stellung in der zusammenfassenden Erörterung beider Gruppen gegeben werden.

Ueber die Entstehung hat sich schon v. Ihering S. 20 f. hinreichend ausgesprochen, so daß ich auf seine Darstellung verweisen darf. Wir können aus der vorhergehenden Erörterung über die Kommission, insbesondere S. 71, 82 fg., 88 fg., unmittelbar unser allgemeines mit v. Ihering übereinstimmendes Urtheil vorwegnehmen. Komitee ist eine Kollektivbezeichnung für eine Mehrheit selbständig handelnder Personen. Insbesondere verweise ich auf v. Ihering S. 22 ff. Mit dem Zweckvermögen werden wir uns unten befassen.

Das Komitee steht zu den Gebern im Auftragsverhältniß. Dies ist die von v. Ihering S. 21, 23 aufgestellte, auch von Bekker II. S. 283 angenommene Meinung. Dieselbe ist schon früher von Puchta S. 476, 477 verfochten worden. Sie scheint auch keinem Zweifel zu unterliegen, denn mit Annahme der Gaben verpflichten sich die Mitglieder, zweckentsprechend mit ihnen zu verfahren. Sie verpflichten sich dazu jedem Geber solidarisch.

Aber diese Ansicht unterliegt begründeten Bedenken. Bei der Kommission kann das Mandat nicht zweifelhaft sein, der ganze Thatbestand spricht dafür, und wenn die Haftung der Mandanten in manchen Fällen bis auf eine gewisse Summe begrenzt wird, so läßt sich dies recht wohl mit dem Mandat vereinigen. Auch die Widerruflichkeit desselben, die Absetzbarkeit einzelner oder aller Kommissionsmitglieder ist sachgemäß und wohl gerechtfertigt, ein gemeinsames Mandat der Hintermänner erzeugt die kontraktlichen Pflichten der Mitglieder. Dagegen wird dem Komitee nicht zuerst der Auftrag gegeben und dann werden ihm die Mittel zur Verfügung gestellt, sondern der Geber leistet, damit der Empfänger leisten soll. Die Gabe erzeugt den Vertrag, sie folgt ihm nicht nach resp. sie begleitet ihn nicht. Die Pflicht des Sammlers entsteht erst mit Empfangnahme der Gabe, ohne dieselbe überhaupt nicht. Bei der Kommission ist sie davon unabhängig. Hier hat die Gabe die Wirkung, die Rechte der Kommission auf Schadlos-

Digitized by Google

haltung extensiv zu beschränken nur unter Umständen, bei dem Komitee ausnahmslos. Ferner kommt beim Komitee Widerruflichkeit des Vertrages, Absetzung einzelner oder aller Mitglieder gar nicht in Frage, auch wenn sich sämmtliche Geber zu diesem Zwecke vereinigten. Beschließen die Hintermänner einer Kommission, statt der Gäubahn eine andere Bahn zu bauen und zu diesem Zwecke die zur Verfügung gestellten Mittel zu verwenden, so muß die Kommission sich fügen oder niederlegen. Beschließen sämmtliche Geber, daß die zu einem Denkmal geleisteten Beiträge zu einem anderen Zweck verwendet werden sollen, so wird auf dieses Ansinnen vom Komitee nicht die geringste Rücksicht genommen. So auch Puchta S. 479. „Auch würden sämmtliche Geber, wenn sie bekannt und legitimirt wären, durch einen Widerruf nichts erreichen."

Zwar können die Hintermänner die persönliche Verpflichtung der abberufenen Mitglieder selbst dann nicht hindern, wenn sie dieselben öffentlich bekannt geben, aber sie können unter den schon erörterten Bedingungen der Kommission den materiellen Rückhalt entziehen und sich selbst von aller ferneren Haftung den Mitgliedern gegenüber entziehen.

Von alledem ist beim Komitee keine Rede. Dieses steht viel selbständiger da als ein bloßer Beauftragter. Der Vertrag, den es mit den Gebern schließt, kann daher kein anderer, als ein unbenannter Realvertrag sein, nach dem Schema do ut facias.[4]) S. auch Regelsberger S. 30; v. Ihering S. 105. Der Unterschied zwischen Mandats- und Realverträgen zeigt sich besonders dann, wenn eine Kommission solche abschließt. Das Internationale Komitee resp. sein Exekutivausschuß haben scheinbar außer von den eigentlichen Hintermännern auch von anderen Personen sich Mittel verschafft, ohne eine andere Verpflichtung zu übernehmen als die, ihren vorgesetzten Zweck zu verfolgen. Vom Finanzkonsortium, mit dem offenbar ein besonderer Vertrag geschlossen worden ist, sehe ich ab. Die Befugnisse der Geber und Hintermänner unterscheiden sich

[4]) Die Versuchung ist groß genug, auch bei Kommissionen mit beschränkter Haftung der Hintermänner einen Realvertrag anzunehmen. Dann würde auch die so unumgängliche Vererblichkeit des Rechtsverhältnisses leicht erklärt. Aber es sprechen doch zu viele Momente dagegen. Auch eine Summirung von Real- und Mandatsvertrag ist nicht möglich, jedenfalls sehr künstlich.

Digitized by Google

auf den ersten Blick. Den Gebern fehlt jeder Einfluß auf die Besetzung der Kommission, alle Machtvollkommenheit ist bei den Hintermännern, nicht bei ihnen, für eine Schadenersatzklage, überhaupt für die actio mandati contraria gegen sie ist kein Raum. Dies alles entspricht den Realverträgen, aber nicht dem Mandat.

Eine Scheidung ist jedoch nothwendig zwischen Zeichnung und effektiver Gabe, denn wo das Sammelkomitee Gaben haben will — und dies ist die ausnahmslose Regel —, kann die bloße Zusage einer solchen noch nicht die Wirkung der völligen Leistung haben. Der Zeichner hat noch nichts geleistet, und wenn er an das Komitee irgend welches bei einem Geber ganz berechtigtes Ansinnen stellen wollte, so würde ihm dasselbe erwidern: Du hast noch nichts geleistet, erst zahle und dann melde Dich. Weiß man doch gar nicht, ob wir von Dir jemals irgend etwas erhalten werden. Hier sieht man die Bedeutung der res für das Komitee, während die Kommission wohl hauptsächlich mit Zeichnungen wirthschaftet.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Rechte und Pflichten. Für Umfang und Inhalt der Pflichten des Gebers ist die bona fides maßgebend und diese modifizirt wegen der Schenkungsnatur des Beitrages die Grundsätze des Realvertrages. Für die Schenkungsnatur hat sich außer Puchta S. 474 auch Regelsberger S. 28, 30 ausgesprochen. Sie ist selbstverständlich. Darum haftet der Geber nur wegen Arglist und groben Verschuldens, nicht für Eviktion und Mängel u. s. w. Windscheid II. §. 306, Dernburg II. §. 107, Bekker II. §. 103.

Ueber die Anwendung der Konkursordnung und über das Erforderniß der Insinuation s. Regelsberger S. 28 ff.

Der Sammler haftet auf die Gegenleistung, die er mit Sorgfalt herbeizuführen hat. Versäumung unterwirft ihn der actio praeser. verb. auf Ausführung seiner Leistung, „nicht auf Ausführung des Werkes". Regelsberger S. 32.

Ist ein Denkmal von 50 000 Mark Kosten projektirt und sind erst 20 000 Mark eingekommen, so kann nicht auf Ausführung des Werkes geklagt werden. Hat jedoch das Komitee etwas versäumt, so kann jeder Geber darauf klagen, daß das Komitee thue, was zur Ausführung des Werkes nothwendig ist. Für eine Klage auf Schadenersatz ist kein Raum, nur für die cond. c. d. c. n. s., wenn

Digitized by Google

die bestimmungsgemäße Verwendung dauernd und sicher unterbleibt. Regelsberger S. 32 scheint ebenfalls das dauernde Unterbleiben, nicht den bloßen Aufschub, die Verzögerung im Auge zu haben. Für diese ist die actio pr. v. da.

Dabei ist Folgendes zu beachten:

Gesetzt, eine Kondiktion wäre zulässig etwa wegen Unmöglichkeit des Zweckes, so muß nach Verhältniß des Gegebenen und nach Verhältniß des von dem Komitee ordnungsmäßig Verbrauchten kondizirt werden. Unmöglich wäre es, den zuerst klagenden Geber zu bevorzugen, denn die Lage ist wegen der lokalen Verhältnisse selten gleich. Mit demselben Rechte könnte man sagen, daß dem Ersten das Komitee entgegen halten könnte: Dein Beitrag ist ordnungsmäßig verwendet, Du erhältst noch nichts; erst wenn soviel Leute geklagt haben, daß das Verausgabte durch ihre Beiträge gedeckt ist, dann können die Uebrigen den noch unverbrauchten Rest einfordern.

Von einem beliebigen Widerrufungsrecht, dem poenitentiam agere, wovon so unbefangen l. 3 §. 2, 3; l. 5 pr. §. 1, 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 27 §. 1, l. 30, l. 54 pr. D. mand. 17, 1 reden, ist bei einem Sammelkomitee gar nicht die Rede; s. o. S. 113 f.

Rechnungslegung kann an sich in angemessener Form von jedem Geber nach Vollendung des Unternehmens, z. B. Errichtung eines Denkmals, Vertheilung der Gaben, verlangt werden. Es ist jedoch dem Komitee nicht zuzumuthen, daß es wegen jedes noch so geringen Beitrages von 10 Pfennigen umständlich Rechnung lege. Dies entspricht auch nicht der Parteiabsicht.

Das Recht auf Rechnungslage ist zwar ein allen Gebern zustehendes, verpflichtet jedoch das Komitee nur zu einer einmaligen Rechnungslage. Da die Geber unmöglich alle unter einen Hut zu bringen sind, andererseits die Einen nicht unter der Nachlässigkeit der Anderen leiden dürfen, muß schon ein Theil der Geber, und da sich in dieser Hinsicht keine Grenze ziehen läßt, schon der Einzelne berechtigt sein, eine angemessene und zwar regelmäßig öffentliche Rechnungslage (durch Zeitungen) zu fordern. Das Komitee hat sich auf eine solche einzurichten und dementsprechend mit seinen Mitteln hauszuhalten, die Geber kommen für die Kosten der öffent-

Digitized by Google

lichen Rechnungslage nicht auf. Puchta S. 479 geht soweit, das Recht auf Rechnungslage jedem Geber ohne Beschränkung zuzugestehen, und das Komitee soll sich von dieser Pflicht durch Rückgabe des Beitrages nicht befreien können. Das geht zu weit und ist unmöglich als Parteiabsicht zu nehmen.

Bleibt nach Erledigung der Geschäfte ein Rest, so ist dieser den Gebern zu restituiren. Dies kann sehr viele Schwierigkeiten bereiten und ist unpraktisch, wenn man nicht eine Holschuld annimmt. Unter dieser Annahme können wir dem Komitee auch das Recht geben, zur Abholung öffentlich aufzufordern mit der Androhung, daß das nicht abgeholte Geld zu einem ähnlichen Zwecke verwendet werde. Dies letzte Recht will Puchta S. 478 dem Komitee unbedingt zugestehen. Ich halte dies für zuweitgehend und ungerecht gegen die Geber. Eine Bekanntmachung des Komitees mit Aufforderung zum Widerspruch ist unumgänglich. Wird sie unterlassen, so kann jeder Geber einen entsprechenden Theil zurückfordern und ganz besonders, wenn das Komitee gegen seinen ausdrücklichen Wunsch verfährt. Unrichtig L.G. Rostock in dem oben S. 82 citirten Urtheil, wo jedes Rechtsverhältniß zwischen Geber und Komitee geleugnet und letzteres zum souveränen Herrn des Ueberschusses gemacht wird.

Die Pflicht zu äußerlicher Sonderung des gesammelten Vermögens, s. o. S. 80 f., kehrt auch hier wieder und ist wie bei der Kommission der Ausdruck irgend welcher rechtlichen Sonderung des Gesammelten vom Privatvermögen der Sammler.

Die Klagen stehen jedem Geber einzeln zu, Puchta S. 479, und treffen ihn auch als Einzelnen. Die Komiteemitglieder sind nur verpflichtet zusammen zu handeln. Weigert sich ein Mitglied desselben, so muß es allein verklagt werden. Eine Klage gegen die übrigen Mitglieder allein ist zulässig, wenn diese versäumen, ihren Genossen ordnungsmäßig heranzuziehen, s. u. Besondere Umstände können auch sonst noch eine Klage gegen ein einzelnes Mitglied rechtfertigen, z. B. der Kassirer nimmt das Geld an sich, um es bestimmungswidrig zu verwenden. Dann ist er allein zu verklagen.

Im Uebrigen gilt, daß die Mitglieder Alle für Alles haften. Das Komitee ist ein Verband der wechselseitigen Vertretung, s. o. S. 79 f., 106. Sind z. B. die Geschäfte eines Wohlthätigkeitskomitees derart vertheilt,

Digitized by Google

daß A, B, C, D Gaben annehmen, E Buch führt, F, G, H, vertheilen, so haften den Gebern alle von A bis H, denn jene kontrahirten mit dem ganzen Komitee, welches ihnen nur in bestimmten Personen entgegentrat. Die Geschäftsvertheilung hat also keinen Einfluß auf eine etwaige Sonderung der Haftung nach Personen.

Das Doberaner Rennkomitee in Mecklenburg besteht aus einigen Herren von großem Namen und einem im Rechnungswesen erfahrenen Subalternbeamten der Stadt Doberan. Das Komitee für den Neubrandenburger Pferdemarkt besteht aus Großgrundbesitzern, einem Juristen und einem Kaufmann. Aehnliche Zusammensetzungen zeigen die Ausschüsse für Wohlthätigkeitslotterien u. s. w. Einige Mitglieder geben den Namen her, häufig ohne Antheil an den Geschäften zu nehmen. Anderen liegt die Hauptlast der Geschäfte auf den Schultern. Sind diese Alle gleich zu behandeln? Dies muß man m. E. unbedenklich annehmen, weil sonst die Betheiligung dieser Personen keinen Zweck hätte. Diese Grundsätze gelten auch dort, wo eine Kommission für ihre Zwecke Gaben sammelt von Anderen als ihren Hintermännern, wo also für eine etwaige actio praeser. verbis Gelegenheit ist. Sie modifiziren sich in folgenden Fällen:

In der Täglichen Rundschau erschien ein Inserat, unterschrieben von zwei Lehrern, in welchem die Nothlage und Würdigkeit eines Arbeiters geschildert wurde. Ohne direkte Aufforderung zu Gaben erklärte sich der Eine zur Annahme von Gaben bereit.

Traten die Geber auch mit dem Zweiten in Beziehung? M. E. nein, denn dieser hatte seinen Namen nur hergegeben, um die Wahrheit der thatsächlichen Angaben zu bekräftigen, den Ersten moralisch zu unterstützen. Auf dem Ersten dagegen lag die Last der Rechtsgeschäfte und nur er wurde davon betroffen; wollen die Geber Jemand verklagen, so müßten sie sich an ihn halten. Hätten beide sich als Komitee bezeichnet, so wäre das Publikum mit dem Ersten als Komiteemitgliede und folgeweise mit Beiden in Beziehung getreten.

In der Straßburger Post forderten A, B, C, ohne sich als Komitee zu bezeichnen, in einem gemeinsamen Inserat zu Gaben für einen verdienten Arbeiter auf und jeder erklärte sich bereit, Gaben entgegenzunehmen.

Digitized by Google

Daß sie denselben Zweck verfolgten und sich dazu eines gemeinsamen Inserates bedienten, ohne als Komitee aufzutreten, muß konsequenter Weise als eine reine Privatsache der Drei betrachtet werden. Darum kann der Gegenkontrahent des A durch seinen Vertrag nicht mit B und C in Beziehung treten u. s. w., es hatte sich also jeder Geber nur an denjenigen zu halten, mit dem er kontrahirte. Auch das Verhältniß zu Dritten bemißt sich nach den entwickelten Grundsätzen.

Dies ist der ganze Unterschied vom Komitee, denn wie hier, so ruht auch beim Komitee Alles auf der Persönlichkeit der Einzelnen und nicht auf einem Zweckvermögen. Die Gründe für und gegen dasselbe als Grundlage der Kommission, s. o. S. 72 ff., 91 ff., 95 ff., 103 ff., treffen auch für das Komitee zu. Ich hebe hier noch Einiges hervor.

Wenn das Komitee den Gebern gegenüber ein solches ist vom Augenblick seiner Konstituirung an, vor Empfang der ersten Gabe so ist es ein solches auch Dritten gegenüber, auch wenn ihm noch nichts zugewandt ist u. s. w., s. o. S. 88 ff., 103.

Ferner kenne ich einen Fall eines Komitees, wo die persönliche Haftung zweifellos ist. In Rostock bildet sich alljährlich unter den Studenten eine sogen. Ballkommission, welche trotz Bestätigung durch den vorjährigen Ausschuß ein echtes Komitee ist. Denn diese Bestätigung hat nur die moralische Bedeutung einer gesellschaftlichen Empfehlung: Beschränkte und feste Mitgliederzahl, sorgsame Auswahl der Betheiligten, Publikation der Namen u. s. w. kehren auch hier wieder. Die Schulden dieser Ballkommission, oft sehr beträchtlich, sind ganz zweifellos persönliche Schulden der Mitglieder. Dies steht durch jahrelangen Gebrauch fest. Von einem Zweckvermögen kann schon um deswillen schwerlich die Rede sein, weil die einzige Einnahme der Kommission, das Eintrittsgeld der am Ball theilnehmenden Studenten, ihr erst nach dem Balle zufließt, bis dahin existiren nur Schulden. Nähme kein einziger Student theil, so bliebe jede Einnahme aus, und dennoch wäre die Kommission rechtlich genau dasselbe Gebilde wie jetzt und überhaupt kein anderes, als jeder beliebige anderer Ausschuß. Jedenfalls würde kein Richter die Rostocker Studentenballkommission anders als die übrigen Ausschüsse behandeln, ist sie doch völlig gleichartig mit dem Internationalen, einem Denkmal- u. s. w. Komitee. Nur die durch die Persönlichkeit der Mitglieder ge-

Digitized by Google

gebenen thatsächlichen Garantien treten bei diesem Ausschuß besonders stark hervor, da Niemand an die geringste Kontrole u. s. w. denkt.

Die dingliche Frage beantwortet sich nach dem oben S. 82 ff., 91 ff., 103 ff. Bemerkten. Gegen eine bloße Vollmacht hat sich schon von Ihering sehr gründlich, S. 18, 28, ausgesprochen. Ich verweise darauf unter Hervorhebung einiger Gesichtspunkte. Das Komitee soll und will sich nicht bereichern, das Vermögen soll einem bestimmten Zweck dienen. Die hierzu geleisteten Beiträge scheiden aus dem Vermögen der Geber aus. Dies gilt grundsätzlich auch beim Wohlthätigkeitskomitee, welches zu Gunsten irgend welcher bestimmter Personen sammelt, und gerade an ihm zeigt sich, wie nothwendig es ist, den Ausschußmitgliedern das Eigenthum an dem Gesammelten zuzuschreiben. Denn hat Jemand einem Wohlthätigkeits-Ausschusse Naturalien für seine Zwecke übergeben, so könnte im entgegengesetzten Falle der Geber die Eigenthumsübertragung an ihm mißliebige Personen jederzeit durch seinen Widerspruch verhindern. Der Ausschuß überträgt dann ja nur als Bevollmächtigter sein Eigenthum, und seine Vollmacht kann der Geber jeden Augenblick zurückziehen. Dies würde offenbar den verfolgten Zwecken sehr wenig entsprechen, denn über Art und Weise der Vertheilung soll doch unzweifelhaft der Ausschuß selbständig befinden, nach seinem eigenen Ermessen Würdigkeit und Bedürftigkeit beurtheilen. Eine Abhängigkeit des Ausschusses von nachträglichen Launen der Geber wäre unerhört. Die bei jeglicher Komiteebildung unerläßliche und auch stets befolgte sorgsame Auswahl der Mitglieder rechtfertigt eine solche Vertrauensstellung vollkommen.

Puchta S. 475 führt zutreffend aus: „Ueberhaupt kann man nicht wohl behaupten, daß die Absicht der Geber dahin geht, ihre Beträge bestimmten Personen zuzuwenden, sie geben zu einem bestimmten Zweck, händigen ihre Gaben den Sammlern ein und überlassen es diesen, die berechtigten Empfänger zu ermitteln. Für die Sammler wiederum dient allein der Zweck als Anhalt zur Verwendung des Fonds, sie lernen die Empfänger erst im Augenblicke der Vertheilung kennen und halten weder eine Rückfrage bei den Gebern für nöthig noch eine Rücksichtnahme auf deren persönliche Wünsche."

Es ist daher durchaus gerechtfertigt anzunehmen, daß alle, auch

Digitized by Google

Speziessachen in das Eigenthum der Ausschußmitglieder übergehen. Für beide vertretbare und unvertretbare Sachen gilt dies noch aus folgendem Grunde. Wenn der Ausschuß in einen Rechtsstreit mit Dritten geräth, sei es über die Sachen oder über irgend einen anderen Gegenstand, so ist es doch durchaus in der Ordnung, daß als Exekutionsobjekt das von dem Komitee gesammelte Vermögen haftet. Dies wäre aber ohne Eigenthumsübertragung an den Ausschuß gar nicht zu rechtfertigen, denn die Mitglieder persönlich sind Prozeßpartei, und für ihre Schulden kann auch nur ihr Vermögen als Exekutionsobjekt haften. Steht dies fest, so folgt, da im Namen des Komitees gehandelt ist, der Eigenthumserwerb. Das Komitee zeigt sich als Verband der wechselseitigen Vertretung auch in dinglichen Verträgen. Gemäß dem oben S. 96 ff. Ausgeführten haben wir ein Miteigenthum Aller anzunehmen, dadurch gewinnen wir auch die entsprechende Parallele zum Verein und zum Einzelnen. Unstreitig wird der Wohlthätigkeitsverein Eigenthümer der ihm von Dritten überwiesenen Beiträge. Dasselbe gilt, wenn ein Einzelner für einen bestimmten Zweck sammelt, soweit ihm über die Verwendung des Gesammelten im Einzelnen freie Hand gelassen wird, wie beim Verein und bei dem Komitee. Erfüllt die Funktionen des Vereins resp. des Einzelnen ein Komitee, so ist ganz natürlich, daß sie auch in der Eigenthumsfrage an ihre Stelle tritt. Dem entsprechend kann nur ein Miteigenthum Aller an die Stelle des Individual- resp. Vereinseigenthums treten. Aber hier zeigt sich eine interessante Scheidung. Der Verein erwirbt unbedingtes Eigenthum, dies ist zweifellos; gilt dies vom Einzelnen und vom Komitee auch? Begeht etwa der Pfarrer, welcher für Anschaffung einer Glocke sammelte, an dem Gesammelten keine Unterschlagung, wenn er sich dasselbe aneignet? Kann das Komitee keine Unterschlagung begehen? Daß den Sammlungen jeglicher strafrechtlicher Schutz fehlen sollte, will nicht einleuchten und ebenso, daß das Gesammelte bei Beerbung und Konkurs der Sammler seinem Zwecke entfremdet werden könnte. Beim Verein treten diese Fragen nicht auf, denn sein Vermögen ist eben ein Zweck- kein Individualvermögen. Wir müssen daher das Gesammelte irgendwie vom Vermögen des Sammlers scheiden. Die Annahme eines Zweckvermögens ist wenigstens beim Pfarrer geradezu unmöglich. Wenn er genügend

Digitized by Google

gesammelt hat und mit dem Lieferanten einen Vertrag abschließt, so wird er durchaus persönlich verpflichtet, von einem Zweckvermögen kommt in dem ganzen Vertrage nichts vor, daß ein gesammelter Fond existirt, bleibt dem Lieferanten in den weitaus meisten Fällen unbekannt. Dies Alles ist durchaus unzweifelhaft.

Wird ihm der Fonds gestohlen, so nimmt der Lieferant nicht die geringste Rücksicht darauf und wenn der Pfarrer wegen Verzögerung der Zahlung verklagt und gepfändet wird, so kann keine Macht der Erde den Gläubiger hindern, sich an das Privatvermögen des Pfarrers zu halten. Wir können, da für irgend ein das Eigenthum des Pfarrers berührendes dingliches Recht dritter Personen jeglicher Anhalt fehlt, auch hier nur die Bedingung zur Hülfe heranziehen. Der Pfarrer ist bedingter Eigenthümer nur zu dem Zweck bestimmter Verwendung der Sachen. Zu bestimmungswidrigem Gebrauch hat er die Sache nicht, d. h. in solchen Fällen soll ihm das dingliche Recht mangeln. Juristisch präzisirt: Bestimmungsgemäße Verwendung ist Bedingung für das Recht, ihr Gegentheil Bedingung für seinen Verlust. Die Sache bleibt dieselbe, auch wenn der Pfarrer zum Besten bestimmter Personen sammelte, denn diese stehen zu dem Gesammelten in keinerlei Verhältniß. Sie haben insbesondere keine Klage gegen den Sammler.

Regelsberger S. 30 nimmt im Gegensatz zu Puchta S. 475 nur ein Traditionsangebot wie beim jactus missilium an. Aber ein solches schafft noch kein der Willkür des Tradenten entzogenes Rechtsverhältniß, kann doch der Auswerfende die Geldstücke jederzeit zurücknehmen, bis sie von dem Publikum aufgefangen sind. Willkür des Gebers soll und muß hier nach Lage der Sache völlig ausgeschlossen sein.

Ein Traditionsangebot an die Bedachten ist also unannehmbar, es muß ein festes Verhältniß vorliegen und dies rechtfertigt sich nur aus dem Uebergang des Eigenthums an die Sammler. Eine Ausnahme könnte möglicher Weise der Fall bilden, daß zu Gunsten einer einzigen individuell vorstellbaren Person gesammelt würde, jedoch spricht auch hier das schon angeführte Moment dagegen.

Man könnte noch an einen Eigenthumserwerb der Gesammtheit denken: Die Gesammtheit der Bedachten erwirbt die Geschenke, das Komitee hat die Befugniß, das Gesammtheitseigenthum in das

Digitized by Google

Individualeigenthum der Bedachten überzuführen, dann könnte unter Umständen die organisirte Gesammtheit für die Durchführung der Zweckssatzung sorgen. Möglich ist derartiges. R.G. VII. S. 164 ff. Eine Wiese gehörte 46 Schiffern und wurde verkauft unter der Bedingung, daß den Verkäufern und gewissen Nachkommen, in deren Ermangelung den übrigen etwa vorhandenen Schiffern die Realgerechtigkeit zustehen solle, auf dieser Wiese im Winter ihre Fahrzeuge zu bergen. Die Erben des Käufers wurden 35 Jahre später theilweise expropriirt derart, daß die ganze Wiese für die Zwecke der Schiffer unbrauchbar wurde. Es klagten nach einiger Zeit 35 Schiffer auf Schadenersatz gegen die Eisenbahn, zu deren Gunsten expropriirt war. Das Reichsgericht nahm ein Personalservitut zu Gunsten der Gesammtheit an, ließ letztere durch die Kläger vertreten sein, sowie als Einheit klagen resp. verklagt werden.

Hier handelt es sich nicht um einen „Verein", wie man wohl allgemein annimmt, sondern um eine durch Dispositon Dritter, des Bestellers der Servitut geschaffene Einheit ad hoc quoad servitutem. Würde Jemand im Grundbuch auf sein Grundstück folgende Last legen lassen: Die Ackerbauer dieser Stadt in ihrer Gesammtheit haben dieses und jenes Recht an meinem Grundstück, ausüben dürfen es nur bestimmte Mitglieder, so hätten wir ein Gesammtheitsrecht und ein individualistisches Recht auf Ausübung desselben. Die Ackerbauer werden zur Gesammtheit ad hoc nur durch die Eintragung im Grundbuch, wenn sie auch sonst an dem ganzen Akte aktiv sich gar nicht betheiligt haben, keinerlei Abmachungen zwischen ihnen und dem Eigenthümer vorgekommen sind.

Die Annahme des Gesammtheitseigenthums ist aber wegen des Acceptationserfordernisses unmöglich, da die Sammler die Bedachten nicht vertreten, und sie bringt uns auch mit der persönlichen Haftung der Komiteemitglieder in Widerspruch, s. auch Kohler a. a. O. S. 283.

Das Resultat bleibt also unter allen Umständen bedingter Eigenthumserwerb des Pfarrers. Man setze an seine Stelle das Komitee und man kommt zu demselben Ende. Das Komitevermögen ist bedingtes Individualeigenthum der Mitglieder, damit haben wir uns auch in Uebereinstimmung mit der persönlichen Haftung gesetzt. Die Bedingung bestimmungsgemäße Verwendung, eine Resolutivbedingung S. 95 f., sie tritt ein bei Erbfall, Konkurs des Mit-

Digitized by Google

gliedes S. 100, Ausscheiden S. 100 f., im Allgemeinen bei jeder bestimmungswidrigen Handlung S. 90 ff., insbesondere bei Diebstahl und Unterschlagung S. 95.

Die aus Geschäften mit Dritten hervorgegangenen Rechte stehen nur dem ganzen Komitee, d. h. allen gemeinsam zu und können daher auch nur von allen zusammen in Bewegung gesetzt werden. Dadurch wird verhütet, daß ausgetretene Mitglieder sich noch ferner in die Geschäfte mischen können. Für die Schulden kommen die Mitglieder alle solidarisch auf, denn auch Dritten gegenüber zeigt sich das Komitee als Verband der wechselseitigen Vertretung, so daß Jeder aus jedem Geschäfte berechtigt und verpflichtet wird. Schulden gehen unter nach allgemeinen Grundsätzen, sind vererblich und überdauern auch den Austritt aus dem Komitee S. 107. Ebenso nehmen nach dem S. 108 Gesagten auch die Neueintretenden an der Haftung Theil.

Die Privatgläubiger haben gegen Exekution in das Privatvermögen durch Sondergläubiger kein Einspruchsrecht S. 106, andererseits können die Sondergläubiger nicht interveniren, wenn die Privatgläubiger in das Komiteevermögen exequiren lassen. Dies ist Sache des Komitees resp. der Geber S. 107, 100, die einzelnen Anwendungsfälle, insbesondere Konkurs ibid. Dies Letztere unterliegt wesentlichen praktischen Bedenken, wenn man nicht annimmt, daß in solchen Fällen der Einzelne wirksam zum Besten des ganzen Zweckes eingreifen darf. Aber soll ein Geber die ganze Sache selbst in die Hand nehmen dürfen, so muß dasselbe Recht auch jeder Andere haben. Das könnte unter Umständen eine unerwünschte Konkurrenz des besten Eifers geben oder gar das ganze Unternehmen gewissenlosen Leuten in die Hände spielen.

Eine unparteiische Persönlichkeit mit ausreichenden Garantien muß die berechtigten Interessen wahrnehmen. Dies erreicht man aber nur durch eine *echte Pflegschaft*. Der Fall, daß ein Komiteevermögen in Folge Wegfalls, Untüchtigkeit u. s. w. der Mitglieder verwaist, giebt für die Einsetzung eines Pflegers analog unserem jetzigen Rechtszustand eine genügende Stütze ab. Eine solche Einsetzung hat zu erfolgen von Amtswegen und auf genügend begründeten Antrag eines Betheiligten, sei es ein Geber, Gläubiger oder Komiteemitglied. Sie wird insbesondere noch durch die Er-

Digitized by Google

wägung gerechtfertigt, daß das Komitee die Verfolgung des gesetzten Zweckes thatsächlich monopolisirt und daher Garantien diesem Monopol entsprechen müssen.

Das Verhältniß der Mitglieder unter einander richtet sich nach den konkreten von ihnen geschlossenen Leistungsverträgen, die in der Wahl zum Kassirer, Schriftführer u. s. w. und in ihrer Annahme zum Ausdruck kommen.

Nur Eines bedarf wegen seiner stetigen Wiederkehr besonderer Hervorhebung, das Regreßrecht der Mitglieder, falls sie eine Komiteeschuld freiwillig oder gezwungen getilgt haben. Es geht gegen die Uebrigen, soweit das Komiteevermögen reicht, auf das Ganze, in Ermangelung eines Komiteevermögens geht dasselbe gegen jedes Mitglied auf seinen Kopftheil S. 102. Das Regreßrecht rechtfertigt sich wie oben bei der Kommission daraus, daß es unmöglich die Absicht der zu einem Komitee zusammentretenden Personen sein kann, den Zufall darüber entscheiden zu lassen, wer und wie viel er von den Komiteeschulden zahlen soll.

Was oben S. 109 f. über die Beendigung der Kommission und den Auflösungsbeschluß der Mitglieder bemerkt ist, gilt auch für das Komitee, jedoch mit einer Ausnahme. Treten mehrere Mitglieder nach einander aus, so kann dadurch das Unternehmen in die größte Gefahr gerathen, die Geber sind nicht so beschränkt an Zahl wie die Hintermänner, die sich bald über einen Ersatz einigen können, auch können die Geber, selbst wenn sie wollten, auf die Besetzung des Ausschusses keinen Einfluß üben, da derselbe ihnen gegenüber zu selbständig ist. Darum ist es wünschenswerth, die Mitglieder möglichst bei ihren Pflichten festzuhalten, und hierfür bietet im Gegensatz zum Mandat der Realvertrag auch die genügende Grundlage, da aus ihm nur unwiderrufliche Pflichten hervorzugehen pflegen. Darum dürfen und müssen wir den Austritt als den Gebern gegenüber nichtig behandeln, während er sich im Verhältniß zu Dritten ex nunc wirksam erweist.

Anhangsweise müssen wir dem Lotteriekomitee z. B. Antisklavereikomitee, Lotteriekomitee des Neubrandenburger Pferdemarktes u. s. w. noch einige Worte widmen. In ihrer juristischen Struktur den übrigen durchaus gleich, stehen sie zu (Hintermännern und) Dritten wie andere Komitees, aber auch zu den Gebern? Als diese erscheinen

Digitized by Google

die Käufer der Loose. Gemäß ihres mit dem Komitee abgeschlossenen Vertrages haben sie an sich nur das Recht auf eine ordnungsmäßig veranstaltete Lotterie. Ist ihnen dies geworden, können sie nicht mehr, insbesondere bestimmte Verwendung des Lotterie-Ueberschusses fordern? Diese Frage ist augenblicklich von Interesse, da man zumal wegen der Borchert'schen Expedition das Antisklavereikomitee sehr scharf angreift. Gesetzt, dies Komitee hat mit den gewonnenen Mitteln sich um seinen Zweck nicht in der Weise bemüht, wie es nach objektivem Ermessen wünschenswerth ist, können die Geber, d. h. die Spieler in der Lotterie juristisch gegen diese Thatsache nichts ausrichten? Um die für seine Zwecke erforderlichen Mittel zu erwerben, schloß das Komitee zweiseitige Verträge, deren Gesammtsumme in ihrem wirthschaftlichen Resultat zu seinen Gunsten ausfallen mußte. Erfüllte es seine aus diesen Verträgen entsprossenen Pflichten, so waren die Spieler scheinbar völlig abgefunden. Denn die zweckentsprechende Verwendung des erzielten Ueberschusses war wohl die Absicht des Komitees, die Unterstützung der von demselben befolgten Zwecke war möglicher Weise die Absicht einiger Looskäufer, beide Momente aber haben scheinbar jedoch in dem Looskauf ihren Ausdruck nicht gefunden, haben diesem zwischen „Geber" und Komitee abgeschlossenen Vertrag keinerlei charakteristische Eigenschaft verliehen. Das Motiv wurde nicht zum juristisch bedeutungsvollen Zweckmoment des Vertrages.

Das Komitee hätte sich ja auch durch glückliche Differenzgeschäfte die Mittel zu seinen Zwecken verschaffen können und man muß scheinbar, wenn man dem Lotteriespieler ein Wort mitzureden erlaubt, auch dem Differenzspekulanten dasselbe erlauben. Zu dieser Folgerung wird Niemand vorschreiten und die Annahme scheint unumgänglich, daß die Geber höchstens wegen Mängel der Lotterie klagen dürfen. So war z. B. vor einigen Jahren in dem als Hauptgewinn ausgesetzten Viergespann der Neubrandenburger Pferdelotterie ein Lungenpfeifer. Der Gewinner konnte selbstverständlich gegen das Komitee mit der Kaufklage auftreten, das Komitee seinerseits hatte sich wieder an seinen Verkäufer zu halten. Jedoch kommen wir hiemit nicht weiter.

Es ist aber nicht annehmbar, daß die Geber ohnmächtig sind. Da den Lotteriekomitees gewöhnlich Hintermänner fehlen, so scheint

Digitized by Google

Niemand da zu sein, die zweckmäßige Verwendung der gesammelten Mittel zu kontroliren und im Nothfall zu erzwingen.

Ein Klagerecht der Interessenten läßt sich m. E. doch rechtfertigen durch die Annahme eines Garantievertrages neben der eigentlichen emptio spei. Auf den Prospekten, Plänen, Plakaten und vor allen Dingen auf den Loosen steht die Bestimmung des in der Lotterie erzielten Ueberschusses stets ausführlich aufgedruckt. Mit dem Verkauf der Loose übernimmt das Komitee zugleich auch die Verpflichtung, ordnungsmäßig das Erzielte zu verwenden, es macht dem Käufer eine dahingehende Zusage. Die Zweckbestimmung des Ueberschusses ist nicht ohne Bedeutung, denn zwar Wenige nur werden schon durch dieselbe allein zum Lotteriespiel bewogen, aber für die Auswahl unter den verschiedenen Lotterien ist dieselbe immerhin von einigem Gewicht.

Nimmt man die Garantiezusage an, so hat man eine genügende Rechtfertigung für die jedem Einzelnen zustehende Klage auf Erfüllung d. h. ordnungsmäßige Verwendung. Auf das Interesse läßt sich in Form des Schadenersatzes nicht klagen, denn die Spieler sind nicht geschädigt, andererseits befriedigt die Klage auf Erfüllung vollkommen, wo durch dieselbe gerade das Interesse an der Zweckverfolgung geschützt wird. Mehr kann nicht gefordert werden, wie denn auch für eine cond. c. d. c. n. s. kein Raum ist.

Kann der eigentliche Zweck nicht mehr gefördert werden, so muß Kläger wenigstens Verwendung zu einem möglichst nahe verwandten Zwecke verlangen können. In Sonderheit wäre man bei dem Antisklavereikomitee nicht verlegen. Daß andererseits das Komitee im Falle ungenügenden Absatzes der Loose nicht nothwendig die Befugniß haben muß, den Ziehungstag zu verschieben eventuell das ganze Geschäft rückgängig zu machen, sei nebenbei erwähnt.

Wer glaubt die Garantiezusage ablehnen zu sollen, wird jedenfalls dem Staat ein Recht zum Einschreiten einräumen können und müssen. Der Staat erlaubt die Lotterie nur um ihres Zweckes willen, ihm jedenfalls ist das Komitee zur sorgfältigen Durchführung seines Programms verpflichtet. Denn wenn es nicht ernstlich erklärt hätte, mit dem Ueberschuß nur einen bestimmten Zweck verfolgen zu wollen, so hätte der Staat die Erlaubniß nicht ertheilt. Wird also

Digitized by Google

ein Lotteriefonds zweckwidrig verwandt, so hätte der Staat ohne Frage das Recht eine Kontrole vorzunehmen und eventuell dem Komitee eine andere Marschroute aufzugeben oder ihm den Fonds abzunehmen und für seine zweckmäßige Verwendung Sorge zu tragen. Dies Recht muß dem Staate umsomehr zustehen, wo die Lotteriekomitees einen Zweck und seine Mittel monopolisiren. Ein solches geschäftliches Monopol bedarf strenger Aufsicht und schon aus diesem Grunde muß das Einschreiten des Staates zulässig sein. Hierfür ist zunächst der Verwaltungsweg gegeben und fühlt sich das Komitee im Recht, so mag es gegen den intervenirenden Staat vorgehen. Handelt es sich um Ersatz unzweckmäßig verwendeter oder verbrachter Mittel, so muß der Staat klagen.

Zuständig ist die Behörde, welche die Erlaubniß zur Lotterie ertheilte. Dieselbe muß, was sie auf ihre Klage erhalten hat, dem eigentlichen, oder wenn dies nicht mehr möglich, einem verwandten Zweck zuführen. Nach diesen Grundsätzen ist der jetzige Streit mit dem Antisklavereikomitee zu entscheiden. Dasselbe kann vom Staat (und von jedem Geber) belangt werden und zwar, wie es scheint, nicht ohne Erfolg.

Die dingliche Frage macht, so lange ordnungsmäßig verfahren wird, keine Schwierigkeiten. Die Zweckbestimmung des äußerlich gesonderten Vermögens stellt sich in der uns schon bekannten Bedingung dar. Dieselbe funktionirt in den oben schon dargelegten Fällen, Tod, Konkurs, Austritt der Mitglieder.

Treten diese Ereignisse nur bei einem Theile des Komitees ein, so konsolidirt sich naturgemäß das Eigenthum bei den Uebrigen. Aber denkbar, wenn auch de facto durch die in der Zahl und Persönlichkeit der Mitglieder liegenden thatsächlichen Garantien ausgeschlossen, ist der Fall eines allgemeinen Sterbens 2c. Was wird dann aus dem Fonds? Die Geber kommen als Berechtigte nicht in Frage, höchstens der Staat. Jedoch fehlt für Letzteres ebenfalls die Rechtfertigung. Hier ist nach Analogie der hereditas jacens ein echtes selbständiges Zweckvermögen anzuerkennen, wie auch die sonstigen fiduziarischen Stiftungen z. B. „Nebenfonds der Göttinger Universität“ (Regelsberger a. a. O. S. 343) durch Konkurs u. s. w. der tragenden juristischen Person selbständig werden müssen. Hieran geht Kohler S. 282 vorbei.

Digitized by Google

Die Gläubiger haben sich nach wie vor für die schon erwachsenen Schulden an die Mitglieder resp. deren Erben zu halten. Dieselben haben den Rückgriff gegen den Fonds und müssen klagen gegen den Fonds der (Antisklaverei-) Lotterie mit dem Antrag, das Gericht wolle gemäß §. 55 C.P.O. einen Vertreter bestellen. Hat der Staat inzwischen einen Verwalter bestellt, was an sich nicht Sache des Gerichtes, sondern der Verwaltung ist, so hat die Klage zu gehen gegen den Fonds der (Antisklaverei-) Lotterie, vertreten durch A.

Der Verwalter hat naturgemäß die Pflicht, alle Forderungen zu befriedigen, jedoch besteht diese Pflicht nur gegenüber dem Staat, nicht gegenüber den Gläubigern, denn vom Regreß abgesehen haften die Schulden nicht am Fonds, sondern an der Person. Ich verweise auf das schon wiederholt betonte Moment, daß das Komitee grundsätzlich nicht auf einen Personenwechsel angelegt ist. Ferner zeigt sich der civilprozessualische Unterschied zwischen der Klage aus persönlicher Haftung und aus der Haftung des Zweckvermögens. Klageantrag und Urtheil gehen, wie die leider nur spärlichen Fälle aus der Praxis belegen, nur gegen die Person der Mitglieder. Sollte gegen den Fonds geklagt werden, so müßte dieser mindestens in irgend welcher individualisirenden Bezeichnung auftreten. Davon ist jedoch keine Rede, nicht einmal nach Art der Sequesterklagen geht man vor. Dies wäre doch das Mindeste, was zur Rechtfertigung eines Zweckvermögens erforderlich ist. In Wirklichkeit würde es jedoch auch nichts beweisen. Nach Mecklenburgischem Rechte wird beispielsweise für ein Grundstück, welches zu einer theilweise mit der Rechtswohlthat des Inventars, theilweise überhaupt noch nicht angetretenen Erbschaft gehörte, ein Sequester bestellt, um im Civilprozeß das Grundstück gegen die klagenden Hypothekengläubiger zu vertreten. Es wird geklagt gegen A. als Sequester des Grundstücks B., aber dadurch wird ein solches Ackerstück noch kein Zweckvermögen. Die Erbschaft ist ja theilweise angetreten, die dinglichen Beziehungen zur Sache sind also schon von einzelnen Personen okkupirt.

Wir brauchen auch hier die persönliche Haftung des Komitees nicht zu scheuen, denn wie schon das Antisklavereikomitee beweist, die besten Namen der Geburts- und Finanzaristokratie bürgen dafür, daß mit der persönlichen Haftung Alles am besten geordnet ist. Die

Digitized by Google

Gläubiger können sich gar keine besseren Schuldner wünschen und werden, falls man ihnen die Wahl läßt, dieselben sicher dem Zweckvermögen vorziehen. Persönlichkeiten ohne solche Bürgschaften würden eben solche Unternehmungen gar nicht anfangen können.

Selbst wo nicht Alles in Richtigkeit sein sollte, bürgt der Staat durch seine Einmischung dafür, daß alle berechtigten Interessen die gebührende Berücksichtigung finden, und so wird gerade jenem Moment, was man für das Zweckvermögen verwenden möchte, die Spitze abgebrochen, der persönlichen Haftung der Gemeinschuldner und der bloß drittschuldnerischen Haftung des Fonds.

Ohne die persönliche Haftung ist gar nicht auszukommen, wenn der Absatz der Loose ungenügend ist. Entweder die Lotterie wird abgehalten und die Mitglieder müßen mit eigenen Mitteln in die Bresche springen, oder sie wird nicht abgehalten, dann müssen die Mitglieder, da nach Rückgabe der Kaufgelder nichts übrig bleibt, alle Verwaltungs- und sonstige Kosten aus eigenem Vermögen tragen. Die Theorie vom Zweckvermögen muß, was doch sehr ungerecht wäre, den Verlust den Spielern aufbürden.

§. 5. Die beschränkte Haftung.

Die beschränkte Haftung, scheinbar am ersten geeignet, auf die Theorie vom selbständigen Zweckvermögen zu führen, wird uns vielmehr die persönliche Haftung der Mitglieder in noch hellerer Beleuchtung zeigen.

In Frankfurt a. M. war ein Ausschuß zusammengetreten, um die dort auch wirklich abgehaltene „Allgemeine Deutsche Patent- und Musterschutzausstellung" zu veranstalten. Dieser Ausschuß hatte für die Ausstellung Arbeiten bestellt und auch erhalten. Er wurde, da dieses Unternehmen mit einem Defizit abschloß und er nicht bezahlte auf Zahlung verklagt, und die Klage ging gegen die Mitglieder persönlich. Seinem unbestrittenen Einwande, daß er nur unter Hinweis auf den von ihm zusammengebrachten Fonds kontrahirt habe, also nur beschränkt hafte, hielt der Kläger entgegen, dies sei zwar richtig, aber der Ausschuß habe nicht ordnungsmäßig gewirthschaftet, und deshalb hafte er. Diesem durchaus billigen Vorhalten des Klägers begegnet das Reichsgericht R. G. XII S. 229 ff. in folgender Weise: Die Erwartung des Klägers, daß der Vorstand

Digitized by Google

resp. die einzelnen Ausschüsse ordnungsmäßig wirthschaften würden, reiche nicht aus, um die Einzelnen haftbar zu machen. „Jene Erwartung ist nicht mehr und nichts Anderes, als die Erwartung, welche jeder Kontrahent hegt, der Kredit gewährt.“ Kläger hätte sich auf andere Weise sichern sollen. Besondere Verpflichtungen der Komiteemitglieder, etwa zu ordentlicher Wirthschaft, beständen vielleicht, aber nicht gegenüber dem Kläger, so daß er davon keine Hülfe hätte.

Diese Entscheidung befriedigt ganz und gar nicht.

Wem sollen denn die Ausschußmitglieder in solchen Fällen wegen ihrer etwaigen Nachlässigkeit verhaftet sein? Steht formell auch der Fonds in ihrem Miteigenthum, so ist er doch materiell nur zu einem ganz besonderen Zwecke bestimmt. Diesem könnten sie ihn also zum Schaden des dritten Kontrahenten beliebig durch schlechte Wirthschaft entfremden oder doch wenigstens in seiner vollen Nutzbarkeit entziehen. Der Dritte ist danach gänzlich vogelfrei. Er selber kann sich nicht helfen, und die Geber der Beiträge werden ihm nicht helfen. Sie könnten ja allerdings den Ausschuß zur Verantwortung ziehen, aber dies werden sie zunächst doch nur in ihrem eigenen Interesse thun wollen und auch nur soweit dasselbe reicht, thun können.

An sich sind zwei Klagen denkbar: actio praescriptis verbis und condictio. Die erste ist gegenstandslos, weil sie nur auf bessere Verwendung des gegebenen Geldes geht. Daß in dieser Hinsicht in der äußeren Veranstaltung der Ausstellung etwas verfehlt ist, nützt dem Dritten gar nicht, und zum Ueberfluß kann es dem Geber nur gleichgültig sein, ob das von ihm gegebene Geld verkehrt verwendet, dafür aber durch Kredit es ermöglicht ist, die Ausstellung genau so gut zu veranstalten, als wenn keine Schuld kontrahirt, sondern das Geld ordnungsmäßig verwendet wäre. Der Ausschuß wird ihm stets mit Erfolg entgegenhalten: Sei zufrieden, denn selbst wenn wir Dein Geld ordnungsmäßig verwandt hätten, könnte die Ausstellung nicht besser sein, als sie jetzt ist. Du kannst nur eine gute Ausstellung verlangen. Das ist geschehen, und es ist allein unsere Sache, wenn wir zu diesem Zweck Schulden gemacht haben, das geht Dich gar nicht an.

Dieselbe Beweisführung schlägt auch gegen eine etwaige condictio

Digitized by Google

durch, welche nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Zweck, zu dem das Geld hergegeben wurde, nicht erreicht wurde. Davon liegt jedoch nichts vor, und selbst wenn es zuträfe, würde dem Dritten doch nicht geholfen sein, denn der Geber wird doch nur im eigenen Interesse kondiziren und das Erlangte für sich behalten. Der Dritte würde nur vermöge besonderer Gutmüthigkeit des Klägers zu seinem Gelde kommen. Das ist rechtlich überhaupt keine und thatsächlich nur eine sehr schwache Hülfe. Dies um so mehr, als praktisch die Sache sehr große Schwierigkeiten bietet. Wie soll der Dritte so viele Leute zur Klage und späteren Abtretung des Erhaltenen bewegen, daß er auf seine Kosten kommt? Dahingehende Bemühungen können ihm an Zeit und Geld leicht das Doppelte seines eigentlichen Verlustes kosten, ohne auch nur den geringsten Erfolg zu zeitigen.

Wir müssen daher einen anderen Gesichtspunkt suchen, und diesen kann uns nur noch die beschränkte Haftung selber gewähren. In ihr muß ein solcher Gesichtspunkt zu finden sein, und darum haben wir das Wesen der beschränkten Haftung noch näher zu betrachten. Hier schlagen die grundlegenden Erörterungen von Ehrenberg, §§. 1, 2, ein, welche ich mir allen Inhaltes aneigne. Ueber die verschiedenen Bedeutungen von persönlicher und unpersönlicher Haftung ist insbesondere §. 2 eod. zu vergleichen. Ich will hier nur kurz meine Stellung zur Terminologie wiedergeben, da in ihr Begriffe von bedeutender praktischer Tragweite unbewußt ihren Ausdruck finden.

Ehrenberg nennt S. 11 die beschränkte Haftung eine nicht persönliche, wenn der Gläubiger seine Forderung nur in ein Sondergut, nicht in das gesammte Vermögen des Schuldners exequiren kann. Sondergut sind die der Exekution unterliegenden Vermögenstheile, und in diesem Sinne wird der Ausdruck auch hier gebraucht werden. Für uns handelt es sich um den Fall, daß für unbeschränkt hohe Forderungen der Schuldner nur mit einem Sondergut haftet. Diese Haftung kann ich aber unmöglich als eine nicht persönliche auffassen, denn wir können die Person des Schuldners nicht aus dem Obligationsnexus herausnehmen. Diese Bezeichnung kann man nur auf Korporationsschulden und die Haftung der einzelnen Mitglieder für dieselben, sowie auf analoge Verhältnisse anwenden. Denn geht man davon aus, daß der Einzelne zum Korporations-

Digitized by Google

vermögen in irgend welchem Rechtsverhältniß stehe, dessen Inhalt jedoch hier nicht zu analysiren ist, so kann man die Haftung des Vereinsvermögens auch als eine Haftung der Einzelnen auffassen. Denn die Körperschaft ist doch nur die Form, in welcher die Einzelnen ein bestimmtes Vermögen zu bestimmten Obligationen als Satisfaktions- (Brinz) oder Exekutionsobjekt in Beziehung setzen. Folglich kann man sagen, sie haften mit diesem Vermögen. Für die Haftung ist jedoch die Person der Einzelnen unwesentlich, denn die Obligation ist nicht an dieselbe gebunden. Darum kann man diese Haftung auch als nicht persönliche bezeichnen. Ganz anders ist es bei der beschränkten Haftung, um die es sich hier handelt. Sie ist eine echte persönliche Haftung, trotzdem nicht das ganze Vermögen Exekutionsobjekt ist. Dies scheint ein Widerspruch, aber wir werden später das Gegentheil sehen, indem wir uns hier auf einen Gegengrund nothgedrungen beschränken. Beläuft sich das Sondergut auf 1000 ℳ, die Schuld auf 1500 ℳ und der Schuldner zahlt das Ganze, so ist dieser Zahlungsakt nicht anders zu behandeln, als jede Zahlung überhaupt. Der Schulder tilgte eine echte persönliche Schuld, von einer condictio kann nirgends die Rede sein, denn er haftete an sich auf das Ganze, darum bleibt es bei der persönlichen beschränkten Haftung.

Die von Ehrenberg mit diesem Ausdruck bezeichnete Haftung mit dem ganzen Vermögen bis zu einer bestimmten Höhe scheint mir richtiger (persönliche) Maximalhaftung zu heißen.

Beispiel: Die Schuld aus einem gewissen Grunde kann eine gewisse Höhe nicht überschreiten, die Exekution geht aber bis zu dieser Höhe in das ganze Vermögen: Beispiele bei Ehrenberg S. 1 f.

Ehrenberg hat als Fälle der beschränkten Haftung die Haftung des Ladungsinteressenten, des Rhebers und des Kommanditisten aufgeführt. Aus Gründen, die sich unten zeigen werden, wollen wir zunächst die beiden ersten Fälle für sich allein betrachten, es sind die Fälle der sogen. Schiffsgläubigerschaft. Ehrenberg hat es vermieden, den Schiffsgläubigerrechten einen bestimmten technischen Namen zu geben. Schröder S. 303, Mittelstein S. 4 und Goldschmidt §. 154, 1 bezeichnen es als ein privilegirtes Pfandrecht. Jedenfalls ist damit ein Element des Schiffsgläubiger-

Digitized by Google

rechts bezeichnet. Den Beweis dafür bringt in extenso die Darstellung bei den drei Schriftstellern, zudem bestimmt dies ausdrücklich Art. 758 H.G.B. Das Pfandrecht geht gegen Dritte und es sichert vorzugsweise Befriedigung gegenüber Anderen. Aber es liegt in dem Rechte noch mehr. Das es sich um eine pfandrechtlich gesicherte persönliche Klage handelt, erhellt noch insbesondere aus dem Klageantrag. Kläger verlangt Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Sondergut, Ehrenberg S. 124, 277; Schröder S. 307. Zum Sondergut gehören außer dem Schiff noch die Bruttofracht und unter Umständen an Stelle des Schiffes der Erlös aus Zwangs- und Nothverkauf resp. der Havarie- und Entschädigungsanspruch, Schröder S. 308, 309 und der daselbst citirte Ehrenberg. Da die fortune de mer, das Sondergut, unter solchen Umständen wechselnd in ihrem Bestande und dem Verbringen unterworfen ist, muß das Pfandrecht an demselben noch durch eine eventuelle persönliche Haftung ergänzt werden. Diese ist nothwendig, weil dem Schuldner nicht jeder Einfluß auf das Sondergut entzogen werden soll, noch auch entzogen werden kann, Ehrenberg S. 427. Nach ihm haftet der Schuldner, welcher das Sondergut gemindert hat, bis zur Höhe des Betrages, um welchen er dasselbe gemindert hat, mit seinem übrigen Vermögen. Die bloße Verminderung des Sondergutes macht schon haftbar. Im Einzelnen sind die Voraussetzungen bei Ehrenberg S. 147 f., 237 f. angeführt, worauf ich mich beziehe. Die soeben dargelegte Pfandhaftung steht aber mit der gewöhnlichen nicht gleich, weil die Forderung mit dem Sondergut, d. h. mit dem Pfande steht und fällt. Geht das Sondergut unter, so erlischt nicht bloß das Pfandrecht, sondern auch die Forderung. Dies hat schon Ehrenberg S. 462 veranlaßt, die altdeutsche Satzung zum Vergleich heranzuziehen. Der neueste Schriftsteller hierüber, Schröder in seiner deutschen Rechtsgeschichte S. 665, berichtet, wie es scheint, in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Meinung: „Die Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger hatte die Bedeutung einer eventuellen Zahlung. Löste der Schuldner das Pfand nicht aus, so verfiel dasselbe dem Gläubiger an Zahlungsstatt; . . . . . Der Gläubiger konnte den Schuldner wegen etwaigen Minderwerthes des Pfandes nicht in Anspruch nehmen. Ging das Pfand unter, so verlor der Gläubiger seine Forderung, wurde es

Digitized by Google

beschädigt, so gereichte die Werthsverminderung ihm zum Nachtheil." Im Großen und Ganzen entspricht die ältere Satzung dem seerechtlichen Pfand, insbesondere der Bodmerei auf das Genaueste.[5])

Aehnliches ist auch heute noch möglich, wenn z. B. Gläubiger und Schuldner übereinkommen, das geschäftliche Risiko an das Pfandrecht zu knüpfen. A Schuldet B 1000 *M.*, verpfändet ihm seine Rinderheerde im Werthe von etwa 1000 *M.* mit der Abrede, Untergang und Beschädigung trägt B, er kann sich nur an die Rinder halten. Darin liegt, daß A, wenn es ihm paßt, B baar bezahlen oder aber ihn ausschließlich auf das Pfand verweisen kann, mit der Wirkung völliger Schuldtilgung, daß ferner mit dem Untergang des Pfandes auch die Schuld untergeht.

Bei wechselnden Preisen (1890—91 stieg in einigen Monaten das Haupt Rindvieh um 50—100 *M*, in diesem Sommer fiel es um 100—200 *M.*) kann mit diesem Geschäft eine kaufmännische Spekulation verbunden werden, wenn dem Gläubiger andererseits die etwaige Preissteigerung zu gute kommt. Ich möchte daher glauben, daß Geschäfte dieser Art dem kaufmännischen Verkehr bekannt sind. In allen diesen und ähnlichen Fällen handelt es sich unstreitig um ein Pfandrecht, nicht, wie Ehrenberg S. 463, 464 will, um ein bloßes Forderungsrecht. Wer die Befugniß hat, sich für seine Forderung aus einer bestimmten Sache, einer bestimmten Forderung resp. einem Komplex von Forderungen und Sachen vorzugsweise zu befriedigen, und wem zur Durchsetzung seiner Befriedigung auch gegen Dritte wirkende Hülfsmittel in die Hand gegeben sind, von dem sagen wir, er hat ein Pfandrecht. Dies Alles trifft bei dem Schiffsgläubigerrechte völlig zu, und die mit der Verpfändung verbundene datio in solutum kann hieran nichts ändern. Ebensowenig ist es von Belang, daß unser Recht an Mobilien regelmäßig nur das Faustpfand berücksichtigt. Es kommt nur auf die dinglichen Wirkungen an, und diese sind vorhanden, auch wenn dem Recht die Möglichkeit fehlt, wie beim römischen Pfandrecht, Erlangung und dauernde Ausübung der Besitzesgewalt zu

[5]) Ferner verweise ich noch auf Schröder's Ausführungen über die Immobiliarsatzungen S. 674 ff. insbesondere S. 676 nach Landrecht und Stadtrecht und auf Stobbe II. §. 154, I. 1, 5, 6, §. 106, 5, §. 104, 4 u. S. 42 ff., welcher auch den Rentenkauf mit der exklusiven Haftung des Grundstücks heranzieht.

Digitized by Google

gewähren. Die Sache wird in einer absolut gegen Jedermann wirkenden Weise dem Berechtigten wirthschaftlich dienstbar gemacht als ein, so lange sie überhaupt besteht, unentziehbares Exekutionsobjekt. Hieraus muß man folgern, daß Pfandsicherung auch ohne Besitzerlangung möglich ist, nicht daß hier keine Pfandsicherung vorliegen kann, wie Ehrenberg S. 440 will. Ehrenberg erkennt auch selber an, daß hier ein dinglich wirkender Schutzapparat vorläge, S. 418, 464, 465. Er sagt sogar S. 119 „Es ist nie als Faustpfandrecht gewollt und bildet daher für diejenigen Länder, welche nur ein Faustpfandrecht an Mobilien kennen, eine Ausnahme von dieser Regel." Also ist es doch immer Pfandrecht. Wenn unser zukünftiges bürgerliches Gesetzbuch dem Gläubiger kein Recht auf Pfandbesitz und Nutzung einräumte, sondern nur ein vorzugsweises Exekutionsrecht des Gläubigers zuließe, so würde doch Niemand das Dasein eines Pfandrechtes leugnen. Insbesondere die act. pign. in personam würde sich kein Richter rauben lassen. Trotz seines besonderen Inhaltes bleibt das Pfandrecht ein dingliches Recht. Für das römische Recht sogar vertheidigen gewichtige Stimmen, Windscheid I. §. 233, 1 und Dernburg Pfandrecht I. §. 53, II. §. 119 das pignus in causa judicati captum als bloßes Exekutions- und nicht als Besitzpfand!

An der Natur des Pfandrechtes ändert auch die Konkurrenz von persönlicher und Pfandklage nichts, welche der Beklagte zu befahren hat, S. 122, 123 eod. Ehrenberg sieht in der Klage des Gläubigers wesentlich nur eine actio in rem scripta, wird jedoch damit dem wahren Sachverhalt nicht in jeder Beziehung gerecht. Die actio quod metus causa z. B. geht gegen den Dritten auf Herausgabe dessen, was der Gezwungene durch Zwang verloren hat, sie ist persönliche Klage auf Herausgabe, der Beklagte kann nach heutigem Recht durch Zahlung sich nicht befreien, wenn er die Sache noch hat. Der Schiffsgläubiger aber klagt nicht auf Herausgabe der Sache, sondern auf Zahlung, und mit der Zahlung kann ihn der Beklagte abfinden. Ferner verfällt der Beklagte in Konkurs, so steht der zur actio q. m. c. Berechtigte nicht im Geringsten besser da, wie die übrigen Gläubiger, vom Schiffsgläubiger gilt das Gegentheil.

Digitized by Google

Noch deutlicher zeigt sich der Unterschied an der actio noxalis Gai IV 75. Ex maleficio filiorum familias servorumque noxales actiones proditae sunt ut liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. pr. J. de noxalibus 4, 18 . . . domino damnato permittitur . . . . noxae dedere u. s. w., für das gleichinhaltliche deutsche Recht sei auf Stobbe III. §. 202 I. 2, 3, 4, 5; II. verwiesen.

Die noxae deditio ist lediglich ein Recht des Beklagten, keine Pflicht. Denn Kläger kann, wenn Beklagter nicht zahlt und nicht noxae dedere will, das caput nicht herausverlangen, er hat kein Recht der vorzugsweisen Exekution in das caput. Nicht einmal die Verurtheilung geht alternativ auf Schadenersatz oder Hingabe, sondern nur auf Schadenersatz, das caput ist lediglich in solutione R. G. XX. S. 200. Damit fällt noch ein anderes dem Sondergut wesentliches Moment fort, die exklusive Haftung des Sondergutes. Dem Gläubiger haftet nur das Sondergut und erwirbt er auf Grund des den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses eine vollstreckbare Ausfertigung, so kann er nur an das Sondergut sich halten. Bei der actio in rem scripta ist an sich für eine exklusive Haftung aber gar kein Anhalt, denn es existirt überhaupt kein Sondergut. Das Eigenthum am caput ist lediglich Individualisirungsmerkmal für die Person des Pflichtigen. Es liegt hier eine bedingte Haftung vor, bedingt durch Existenz und Besitz des caput. Haftungen dieser Art hat Ehrenberg selber S. 4 schon ausgeschieden.

Es ist also unrichtig, dem Schiffgläubiger jegliches dingliche Recht abzusprechen. Ehrenberg S. 437 f. stützt sich im Wesentlichen auf die im Schiffsgläubigerrechte unzweifelhaft enthaltenen obligatorischen Elemente und auf die häufig vorhandene Möglichkeit, das Sondergut verschwinden zu lassen. Aus Letzterer, welche übrigens nicht bloß hier vorliegt und nur quantitative Unterscheidungen rechtfertigt, folgt aber nicht, daß das Sondergut so lange es besteht nicht in Pfandnexus sein könne, und das Erstere muß nicht nothwendig exklusiver Natur sein, sondern kann, wie wir schon sahen, mit einer Pfandhaftung sehr wohl verbunden sein. Dies lehren auch die von Ehrenberg zum Vergleich herangezogene Hypothek- und Grundschuld S. 403.

Digitized by Google

Beiden ist gemeinsam die persönliche Haftung kombinirt mit Pfandhaftung. Der Hypothek eignet noch überdies ein gewisser Zusammenhang mit der ex causa mutui entstandenen persönlichen Forderung. Bei ihr treffen persönliche Haftung ex causa mutui und hypothecae zusammen. Sehen wir von diesem hier nicht interessirenden Dualismus ab, so haben wir eine echte actio in rem scripta, denn Schuldner ex causa hypothecae ist der jeweilige Eigenthümer, wir haben aber auch die exklusive Pfandhaftung mit eventueller Hingabe an Zahlungsstatt. Die Klage geht auf den Kopf des Eigenthümers als persönlichen Schuldners auf Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung. Alles wie bei der beschränkten Haftung nach Seerecht. Daß wir hier eine echte, wenn auch modifizirte Pfandhaftung haben, ist mit Recht von der herrschenden Meinung angenommen. Ich verweise auf die Zusammenstellung bei Sohm in Grünhut's Zeitschrift V. S. 1 f.

Auch dieses dingliche Recht läßt sich nicht als ein römisches Pfandrecht im strengen Sinne auffassen, denn ihm mangelt, wie dem Schiffsgläubigerrecht, die Möglichkeit, den Gläubiger in Besitz der Sache zu setzen. Aber wir haben hier die dinglichen Wirkungen gegen Jedermann, wie nur bei einem dinglichen Recht. Die Sache wird dem Berechtigten in einer gegen alle Menschen absolut wirkenden Weise gerade so gut, nur in besonderer Form, wirthschaftlich dienstbar gemacht, wie bei jedem anderen dinglichen Recht.

Derelinquirt z. B. der Eigenthümer sein Grundstück und ein Dritter beschädigt es, so wird doch Niemand dem Gläubiger die actio legis Aquiliae versagen. Dies läßt sich aber nur vom Gesichtspunkte des dinglichen Pfandrechtes aus rechtfertigen. Es liegt eben bei der beschränkten Haftung ein Doppelgelte vor. Die actio (in rem scripta), das persönliche Forderungsrecht und die Pfandklage, beide verbunden durch die Aussetzung des Pfandes an Zahlungstatt. Daraus erklärt sich die persönliche und die dingliche Verfolgung gegen Jedermann. Der einzelne Gesichtspunkt für sich allein reicht nicht aus. Daß die Geister über Hypothek- und Grundschuld nicht zur Ruhe kommen können, liegt m. E. an einer verkehrten Fragestellung. Die Einen sehen lediglich auf das obligatorische Element, die Anderen nur auf das dingliche. Weil sie das Recht des Gläubigers einheitlich auffassen wollen und

Digitized by Google

eine Vermischung von dinglichen und obligatorischen Elementen zu einem neuen einheitlichen Ganzen mit Recht verwerfen, gerathen alle mehr oder weniger in Einseitigkeit, darüber wird die Möglichkeit vergessen, daß es sich um zwei Rechte handeln könne, ein dingliches und ein obligatorisches. Mit dieser Auffassung allein läßt sich das Räthsel lösen und es kann nicht dagegen eingewendet werden, daß eine bloße rein äußerliche Adidition von zwei Rechten unmöglich vorliegen kann, denn es liegt mehr vor. Das Recht des Gläubigers ist das Additionsprodukt von zwei zu einander in innige Wechselbeziehung gesetzten Rechten. Mit dem dinglichen Recht entsteht und erlischt die Forderung und nach dem Werthe des Pfandobjektes richtet sich auch ihr wirthschaftlicher Werth. Beide entstehen regelmäßig uno actu und gehen regelmäßig uno actu zu Grunde. Sehen wir von dem Eintritt dritter Personen in die persönliche Haftung[6]) einstweilen ab, so gewinnen wir für die festgestellten Fälle der beschränkten Haftung das Resultat, daß dieselbe wesentlich qualifizirte Pfandhaftung ist im Anschluß an eine persönliche Haftung. Daß dies allein dem praktischen Bedürfniß und der Gerechtigkeit entspricht, dafür berufe ich mich auf Ehrenberg selber, welcher S. 414 behauptet: „Es ist nicht mehr als billig, daß derjenige Gläubiger, welchem nicht das gesammte Vermögen, sondern nur ein bestimmter Theil desselben als Exekutionsobjekt haftet, in der Befriedigung aus diesem Theile vor allen übrigen Gläubigern, welchen der Schuldner nicht bloß mit dem Sondergute haftet, bevorzugt werde. Ein solches Vorzugsrecht ist ein dringendes Bedürfniß bei jeder beschränkten Haftung und das positive Recht hat es für alle Fälle derselben

[6]) Es liegt auf der Hand, daß mit dem Wesen der beschränkten Haftung die Eigenschaft der actio als actio in rem scripta nur in zufälligem Zusammenhange steht, denn der Gesetzgeber kann bestimmen: Wer einmal haftet, haftet immer, und wenn er das Sondergut vernichtet oder weitergibt, so daß es als sein Sondergut und überhaupt als solches verschwindet, vernichtet er allerdings seine ursprüngliche Haftung, dafür tritt aber an deren Stelle auf die Höhe des Sondergutes eine andere, für welche er mit seinem ganzen Vermögen gutstehen muß. Daß dies in gewissem Grade schon nach Seerecht gilt, dafür liefert die Belege Ehrenberg S. 119 ff. in Verbindung mit S. 147 f.

Andererseits kann der Gesetzgeber vorschreiben, daß mit dem Sondergut auch zu entsprechendem Theile die Haftung übergeht.

Digitized by Google

ausdrücklich statuirt; auch der Modus ist stets der gleiche, nämlich Aussonderung des Gutes aus dem übrigen Vermögen und gesonderte Exekution der bevorzugten Gläubiger."

Zeigten die bisher behandelten Fälle sämmtlich ein einheitliches Gepräge, so scheint dagegen die Haftung des Kommanditisten Schwierigkeiten zu machen. Der Kommanditist haftet für alle Schulden der Kommanditgesellschaft beschränkt. Sein Sondergut führt aber nicht für sich allein eine objektive Existenz, sondern ist thatsächlich mit anderem Vermögen der übrigen Mitglieder der Gesellschaft zu einer einheitlichen Masse, dem Gesellschaftsvermögen vereinigt. Ehrenberg S. 339.

„Rechter Beklagter ist die Firma d. h. die Gesellschaft in ihrer rechtlich organisirten Gemeinschaft." Ehrenberg S. 342. „Die Klagbitte geht auf Verurtheilung der Firma zur Zahlung" S. 342. „Die Vollstreckung erfolgt lediglich in das Gesellschaftsvermögen" S. 343. „Allen Gläubigern des Kommanditisten — den Gesellschafts- wie den Privatgläubigern — haftet an sich das Sondergut d. h. sie können sich ... auf exekutorischem Wege Befriedigung aus demselben verschaffen, jenen aber haftet lediglich das Sondergut, diesen daneben und vor allem das Privatvermögen ihres Schuldners." S. 344, 345.

Ein Vorzugsrecht der Sondergläubiger existirt nicht, S. 346, nur ein Separatkonkurs findet statt, S. 350. Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien liegen die Sachen allerdings anders, jedoch hat das im Aktienrecht seinen Grund und interessirt hier nicht.

Ein anderer Unterschied ist, daß der Kommanditist kein Deduktionsrecht hat wegen Verwendungen auf das Sondergut, S. 343, 351, er ist für dieselben lediglich Gesellschaftsgläubiger. Nehmen wir nunmehr die hier befolgte Terminologie an, welche sich darauf stützt, ob die Persönlichkeit des Schuldners im Obligationsnexus steht oder ob sie für dieselbe gleichgültig ist, so kann garnicht zweifelhaft sein, daß wir die jetzt zu behandelnde Haftung als unpersönliche bezeichnen müssen. Hypotheken- und Grundschuldner, Ladungsinteressent und Rheder stehen alle persönlich im Obligationsnexus, sie werden persönlich verklagt und verurtheilt, ihr Tod, Konkurs, Verlust der Prozeßfähigkeit unterbricht zweifellos nach Art. 217 f. C.P.O. das Verfahren. Vom Kommanditisten gilt das Gegentheil, da an seiner

Digitized by Google

Stelle die Firma steht. Ein Sondergut in dem bisher behandelten Sinne existirt nicht, sondern nur das für die Schulden der Firma haftende Gesellschaftsvermögen, von welchem die Einlage des Kommanditisten einen Theil bildet. Mit der Einlage scheiden die betreffenden Vermögenswerthe gänzlich aus dem Vermögen des Kommanditisten aus und bilden ein gesondertes Vermögen wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Zu meiner Rechtfertigung verweise ich auf Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes XXXVII, wo ich S. 239—241 zu dieser Frage Stellung genommen habe. Danach fällt auch die letzte Möglichkeit, die Haftung des Kommanditisten mit den übrigen Fällen gleich zu behandeln. Denn Eigenthümer und und Haftender fallen aus einander oder richtiger gesagt Eigenthümer Verpflichteter sind eine ganz andere Person als der „Haftende". Der Kommanditist, Rheder-, Ladungsinteressent, Grund- und Hypothekenschuldner sind Eigenthümer und jedenfalls vermögensrechtlich die Herren des Sonderguts, aus ihrem Vermögen wird ein Theil durch den Pfandnexus umfaßt und mit ihm haften sie beschränkt. Diese ganze rechtliche Gestaltung ist aber beim Kommanditisten nicht möglich, weil die Einlage, mit welcher er haftet als solche völlig aus seinem Vermögen ausgeschieden ist und ihm erst durch eine etwaige Herauszahlung wieder zukommt. Bis dahin tritt an ihre Stelle nur eine Forderung gegen die Gesellschaft.

Das Verhältniß ist also genau so wie bei einem verklagten Verein, der mit seinem aus den Beiträgen der Mitglieder gebildeten Vermögen haftet. Hier können wir von dem einzelnen Mitglied mit demselben Rechte, wie vom Kommanditisten sagen, es hafte beschränkt mit seiner Einlage. Wir haben in beiden Fällen die echte unpersönliche Haftung, der beispielsweise auch der stille Gesellschafter unterliegt. Weil das „Sondergut" fehlt, können auch alle auf dasselbe bezüglichen Sätze nicht Platz greifen, denn die Haftung ist nicht auf dasselbe zugeschnitten. Insbesondere gibt es kein vorzugsweises und exklusives Exekutionsrecht in der Art wie bei den oben behandelten Fällen der beschränkten Haftung. Ehrenberg S. 392 ff.

Wenn also die oben als wesentlich gefundene Pfandhaftung nicht wiederkehrt, so dürfen wir uns nicht darüber wundern, da die Haftung des Kommanditisten in ein ganz anderes Gebiet hinein-

Digitized by Google

gehört, als die Haftung des Rheders u. s. w. Sie ist eine eigentliche beschränkte Haftung überhaupt nicht, denn sie ist nicht persönlich, sondern unpersönlich. Neben ihr kommt allerdings noch eine direkte persönliche Haftung des Kommanditisten vor, Ehrenberg S. 352 ff., die Voraussetzungen sind daselbst S. 362 angegeben. Der Kommanditist haftet persönlich, „wenn in seinem Privatvermögen Werthe enthalten sind, welche von Rechtswegen in dem Sondergut enthalten sein sollen". Das „Sondergut" ist das Gesellschaftsvermögen S. 371. Die Haftung ist eine Maximalhaftung beschränkt persönliche, wie wir sie oben beim Ladungsinteressenten und Rheder, Ehrenberg S. 147 ff., 297 ff., kennen gelernt haben. Aber auch hier zeigt sich ein charakteristischer Unterschied. Ladungsinteressent und Rheder werden verklagt aus der beim vertragsmäßigen resp. gesetzlichen Pfändungsakt übernommenen Pflicht, der Kommanditist aber aus einer Gesellschaftsschuld, aus einer Schuld, die ihn an sich überhaupt nicht angeht. Der Kommanditist haftet für die Schulden eines Anderen und zwar, weil er diesem Anderen wieder etwas schuldet. Die genaue Parallele ergäbe eine etwaige unmittelbare persönliche Haftung eines Vereinsmitgliedes für Vereinsschulden bis zum Betrage seines noch rückständigen Beitrages. Das Mitglied würde an sich nur als Drittschuldner haften d. h. nach Cession der Vereinsforderungen den Gläubiger. Diesen Umweg spart beim Kommanditisten das Gesetz dem Gläubiger und bestimmt überdies, daß der Kommanditist niemals Einreden „aus dem zwischen ihm und der Gesellschaft bestehenden Verhältnisse" herleiten kann, Ehrenberg S. 389. Wie man diese Haftung auffassen will, wird wohl streitig bleiben, für meine Person sehe ich in ihr nur eine qualifizirte drittschuldnerische Haftung, denn mit Zahlung des Kommanditisten an den Gesellschaftsgläubiger geht auch seine Schuld bei der Gesellschaft unter.

Als Resultat dieser letzten Untersuchung ergiebt sich, daß die Haftung des Kommanditisten in ihrer Eigenart mit der beschränkten Haftung nur äußerlich zusammengehört und darum gegen die Eigenschaft der letzteren als qualifizirte Pfandhaftung keinen Beweis erbringen kann. Wir bleiben also dabei stehen, daß beschränkte Haftung stets persönliche Haftung in Verbindung mit qualifizirter Pfandhaftung ist. Der Kürze halber können wir aber auch sagen, wenn

Digitized by Google

wir den untergelegten Begriff nicht zu eng fassen: Beschränkte Haftung ist qualifizirte Pfandhaftung.

Die bisher geltend gemachten Fälle liegen naturgemäß nicht alle gleich. Der Grundschuldner haftet mit einem Grundstück. Ladungsinteressent und Rheder mit einem Vermögenskomplex, dessen umwandelbarster Bestandtheil noch das Schiff ist. Es liegt auf der Hand, daß in den ersten Fällen der Gläubiger faktisch recht gut gesichert ist, während der dem Schiffsgläubiger verhaftete Vermögenskomplex wandelbar, flüssig durch Uebergang in andere Formen und Hände der Pfandhaftung leicht entzogen werden kann. Rechtlich kann dem Grundschuldgläubiger das Pfandobjekt überhaupt nicht entzogen werden, denn bei jeder Veräußerung werden die Lasten des Grundstücks auf diese oder jene Weise erhalten. Die Bestimmungen über die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes greifen auch nicht Platz. Es bleibt also nur faktische Entziehung des Pfandobjektes. Untergang der Sache ist fast gänzlich ausgeschlossen und nur bei Gebäuden möglich. Aber hier treten regelmäßig die Versicherungsgelder an die Stelle der Sache. Verschlechterung ist möglich, aber nicht von heute auf morgen, sondern nur in einer stets kontrolirbaren Weise. Danach kann sich der Gläubiger jeder Zeit richten. Absichtliche Beschädigung ist zivilrechtlicher dolus und macht als solcher haftbar.

Es liegt daher im Großen und Ganzen wenig Veranlassung vor, dem Gläubiger wegen Verkürzung in seiner Sicherheit besondere Hülfsmittel zu gewähren, dies um so weniger, als (dem Gläubiger bei der Kreditgewähr vielfach Personen, Grundstück, Wirthschaftsweise u. s. w. bekannt sind und als) man die Freiheit des Individuum in der Behandlung seines Eigenthums beim Grundstücke besonders respektirt. Ueberdies gehen hier das Interesse des Gläubigers und des Eigenthümers regelmäßig Hand in Hand. Immerhin hat das Recht den Gläubigern einen Eingriff in die Handlungen ihres Schuldners gewährt. Erhebliche Substanzenverringerungen oder Deteriorationen, welche die Sicherheit gefährden, sollen nur mit Genehmigung der Gläubiger vorgenommen werden und berechtigen dieselben, wenn sie nicht zugezogen sind, Sicherheit zu fordern."

Diesen Satz belegt Stobbe II. §. 112, 7 N. 4 f. mit verschiedenen Zitaten. „Ebenso wird partikulär ihre Genehmigung ge-

Digitized by Google

fordert, wenn der Eigenthümer auf das Grundstück Lasten legt, welche bei der Veräußerung auf den Erwerber übergehen und den Verkaufswerth verringern." ibid. Ein anderer Weg ist, diese Genehmigung nicht zu fordern, aber die Belastung als unwirksam zu behandeln, wenn sie die Gläubiger schädigt. So verschiedene Partikulargesetze, die Stobbe N. 47 ff. eod. nachweist.

Alle angeführten Bestimmungen beschränken die Haftung des Schuldners streng auf das Grundstück. Dieses Prinzip ist darum erträglich, weil dem Gläubiger Arreste und einstweilige Verfügungen zu Gebote stehen, mit denen er gegen schädigende Handlungen einschreiten kann.

In dieser Richtung bewegt sich ein Erkenntniß des O.L.G. zu Jena bei Seuffert XI. N. 98, welches auf Antrag des Gläubigers eine einstweilige Verfügung gegen den Schuldner bestätigte, um ihn vom Abholzen des noch nicht schlagbaren Holzes abzuhalten, andererseits wurde vom O.L.G. Kiel die Klage auf eine wirthschaftlich konservirende Thätigkeit behufs Erhaltung der Integrität des Unterpfandes — es handelte sich um Ausbesserung eines Hauses — abgewiesen unter Berufung auf gemeines Recht. Jedoch erkennt es an, daß der Hypothekarier sein Interesse geltend machen könne, indem es darin eine Folgerung sieht, „die sich ungezwungen ohne Weiteres aus der bonae fidei Natur des Pfandvertrages" ergebe. Seuffert XXXVII. S. 99.

Andere Hülfsmittel sind nothwendig, wo das Sondergut aus beweglichen Sachen und Forderungen besteht. Hier kann die Vorschrift, vom Gläubiger Genehmigung zu den geplanten Handlungen zu fordern, nicht helfen. Entweder wird dem gewissenhaften Schuldner unnöthig die Hand gebunden oder der Gewissenlose schlägt dem Gläubiger ein Schnippchen.

Dies ist der Fall des Schiffsgläubigerrechtes, welcher den Gesetzgeber veranlaßt hat, den durchgreifenden Rechtssatz aufzustellen: Für alle nicht kasuelle Minderung des Sondergutes kommt der Schuldner bis zur Höhe der eingetretenen Differenz auf. Das Einzelne ist bei Ehrenberg S. 147, 197 dargestellt. Es kommt auf eine Schuld des Haftenden gar nicht an, sondern die Thatsache, daß er das Sondergut um gewisse Beträge gemindert hat, genügt, um ihn in die Höhe dieser Beträge mit seinem ganzen Vermögen

Digitized by Google

haftbar zu machen. Die eigentliche beschränkte Haftung wird ergänzt durch die beschränkt persönliche Haftung Ehrenberg's oder wie sie wohl richtiger heißt, durch die Maximalhaftung. Dieser Bestimmung liegt das durchaus richtige und billige Prinzip zu Grunde, da wo das Sondergut im Privatvermögen verschwindet, an Stelle der beschränkten Haftung die Haftung mit dem ganzen Vermögen eintreten zu lassen.

Außer den genannten werden noch einige andere Fälle von beschränkter oder Sondergutshaftung angeführt, die wir noch einer Untersuchung zu unterwerfen haben. Bekker I. §. 43 und Stobbe III. §. 175 II. haben eine Zusammenstellung gegeben.

1. Zweifelsfrei scheint die Natur des Bergeigens, wo partikularrechtlich der Grundsatz gilt „Bergschulden werden mit Bergwerken bezahlt" Bekker N. 12, Stobbe II. §. 143, 10. „Für die Bergschulden haftete schon nach altem Recht kein Gewerke über seinen Kux hinaus, ebenso wie andererseits die sonstigen Gläubiger der einzelnen Gewerken sich nicht an den Kux halten durften." Stobbe I. §. 59 zu N. 14. Nach manchen Bergrechten kann sich der Gewerke von seiner Verpflichtung zur Zahlung von Zubußen auch der rückständigen dadurch befreien, daß er auf sein Miteigenthum Verzicht leistet. Also persönliche Schuld und Exekution nur in dem Kux, eine echte beschränkte Haftung zugleich datio in solutum und unzweifelhaft Uebergang der Schuld auf den neuen Erwerber, actio in rem scripta.

2. Das beneficium inventarii beschränkt nach römischem Recht die Haftung des Erben auf den Betrag der Erbschaft, es begrenzt die Haftung, schafft also lediglich eine Maximalhaftung.

Dagegen lautet die gemeinrechtliche Praxis anders. R.G. I. S. 98 sagt, daß die Erben nicht beschränkt mit ihrem gesammten Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung zunächst nur die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen. Weit entschiedener noch hat sich die Rechtsprechung im Bereich des preußischen Landrechts für die Haftung nur mit den Nachlaßobjekten ausgesprochen, obgleich sie daneben dem Erben Recht und Pflicht auferlegt, den Nachlaß zu versilbern. R.G. VII. S. 168, VIII. S. 269, 276. Zweifelhafter R.G. VII. S. 183.

Digitized by Google

Jedenfalls geht soviel aus unserer Praxis hervor, daß sie den entschiedenen Zug hat, den Gläubigern ein Exekutionsrecht nur in die Nachlaßobjekte zu geben. „Soweit jedoch aus dem Nachlaß Werthe in das eigene Vermögen des Erben geflossen sind, kann er auch persönlich aus diesem Vermögen in Anspruch genommen werden," Dernburg III. §. 171 S. 345.

Unter den Händen unserer Praxis ist also aus der Maximalhaftung eine echte beschränkte Haftung geworden mit vorzugsweiser und exklusiver Sonder- und Spezialexekution in die Nachlaßgüter, der eine eventuelle datio in solutum entspricht, denn nach Erschöpfung der Haftobjekte geht die Forderung unter.

3. Bekker und Stobbe ziehen auch noch das Separationsrecht der Gläubiger heran.

Bei der Separation „haftet die erworbene Erbschaft zuerst ihren Spezialgläubigern, nur der etwaige Ueberschuß käme den Erbesgläubigern zu". Hier haben wir allerdings ein vorzugsweises und exklusives Exekutionsrecht, aber es ist zweifelhaft, ob wir wie bei der beschränkten Haftung ein Recht der vorzugsweisen Sonder- und Spezialexekution vor uns haben. Seine Voraussetzung ist ein auf Antrag einiger oder aller Erbschaftsgläubiger und Legatare erlassenes richterliches Erkenntniß, durch welches die Separation angeordnet wird. Die Forderung hat also nicht wie beim gewöhnlichen Sondergut sofort mit ihrer Entstehung die Pfandsicherung zur Seite, sondern diese wird ihr erst durch ein nachträgliches richterliches Dekret. Dies stimmt mit einer Gesammt- und Generalexekution nach Art des Konkursrechtes, weniger jedoch mit einer bloßen Spezialexekution.

Dernburg III. §. 170, 3 scheint nur eine Gesammtexekution für möglich zu halten, denn er verlangt, daß zur Durchführung der Separation ein Nachlaßkurator zu ernennen ist, welcher die Gläubiger befriedigt.

Entscheidend würde sein, wenn sich eine Quellenstelle finden ließe des Inhalts, daß jeder Gläubiger auf eigene Faust in gewöhnlicher Form vorgehen kann. Davon läßt sich jedoch nichts nachweisen und auf das Gegentheil deutet, daß die Quellen unmittelbar nach dem Konkurse (D. de rebus auct. jud. poss. 42, 5), der Kodex unter demselben Titel über Konkurs und Separation

Digitized by Google

handeln. Wie auch nach römischem Rechte die Sache verlaufen ist, Dertmann S. 287 ff., thatsächlich scheint jedenfalls nach deutschem Recht und wohl auch nach gemeiner Praxis dies Gegentheil der Fall zu sein. Wenn auch in Theorie und Praxis[7]) Konkurs des Erben nicht als nothwendige Voraussetzung der Rechtswohlthat der Gütertrennung behandelt wird, so liegt darin noch kein Beweis für die Sonderexekution des einzelnen Erbschaftsgläubigers. Die Frage wird daher für das gemeine Recht streitig bleiben, ob die Nachlaßgläubiger nur ein Gesammt- und zugleich Generalexekutionsrecht oder auch ein Sonderexekutionsrecht haben. Haben die Gläubiger nur das erstere, so können sie die ihrem Rechte entsprechenden Befugnisse auch nur insgesammt geltend machen. Dies ist der meines Erachtens entscheidende Punkt, und ich glaube, daß wir neben der Generalexekution des Konkurses noch eine solche der separirten Erbschaft haben, auf welche die K.O. höchstens analoge Anwendung finden kann.

In diesem Falle ist die Prävention danach völlig ausgeschlossen, wie z. B. auch bei der merx peculiaris. Jedoch ist vor einer Verwechselung zu warnen. Der Antrag auf Separation kann von jedem Berechtigten einzeln gestellt werden, damit ist jedoch nicht gegeben, daß nach Antrag und Separationsdekret der Antragsteller rücksichtslos zugreifen könne. Vgl. Dertmann S. 292, Berteau S. 35 ff.

Jedenfalls wie dem auch sei, wir haben hier ein vorzugsweises und exklusives Exekutionsrecht, eine echte Pfandhaftung.

Diese zeigt sich unter Anderem darin, daß vor der Separation der Erbe unbeschränkt verfügungsfähig ist, nach derselben aber ihm die Hande völlig gebunden sind. Die Aussetzung an Zahlungsstatt ist keine vertragsmäßige, sondern eine vom Gläubiger einseitig erwirkte, und sie ist auch nicht unbedingt oder nicht unbeschränkt, da der Ueberschuß der Erbschaft den Privatgläubigern zu gute kommt.

Sowohl beim beneficium separationis wie inventarii ist Schuldner der Eigenthümer des Sonderguts, d. h. der Erbe, denn er ist und bleibt der Universalsuccessor des Erblassers. Dies zeigt sich darin, daß die Erbschaft nicht weiter deferirt wird, wie bei

[7]) Windscheid III. §. 60, 7 N. 3, Dernburg III. §. 170 S. 341; dagegen Brinz III. §. 398 N. 2, Seuffert II. 312, XII. 173, XV. 37. Eingehend Dertmann S. 273 ff.

Digitized by Google

Abstinenz und Ausschlagung, und daß der Ueberschuß der Erbschaft den Privatgläubigern der Erben verfällt. Daraus ergiebt sich wie bei Hypothek, Grundschuld und Schiffsgläubigerrecht, daß das Sondergut nicht nur seine eigenen Schulden hat, sondern auch in zweiter Linie an allen übrigen Schulden seines Eigenthümers Theil nimmt, daß die Trennung vom Sondergut und Hauptvermögen also nur durch seine Verstrickung in den Pfandnexus geschehen kann.

Der Unterschied zwischen beiden Rechtswohlthaten ruht darin, daß bei der Inventarisirung des Nachlasses der Gläubiger ein Sonder- und Spezialexekutionsrecht gewinnt im Gegensatz zu der Separation, welche nur eine Gesammt- und Generalexekution zuzulassen scheint, wenn auch de facto in Folge Nichtbetheiligung anderer Gläubiger Einer oder Einige sich unter Umständen das Beste aneignen können. Beiden ist gemeinsam, daß die Forderung des Gläubigers nicht von vornherein auf ein Sondergut angewiesen ist — ein noch nicht zur Erbschaft gewordenes Vermögen kann niemals ein Sondergut sein —, daß vielmehr das Sondergut erst nachträglich konstituirt wird.

4. Stobbe III. §. 175, S. 161 führt noch Art. 147 H.G.B. an, welcher die fünfjährige Verjährung der Klage gegen austretende oder auseinandergehende Gesellschafter ausschließt, wenn noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und der Gläubiger sich nur an dieses hält. Der Schuldner haftet nur noch mit dem Gesellschaftsvermögen, d. h., wenn der Gläubiger überhaupt noch etwas haben will, muß er sich an dieses halten. Dem Schuldner steht es bis zur Klagerhebung frei, dasselbe als solches bei Seite zu räumen, die Perpetuirung der Schuld liegt also gänzlich in seiner Hand. Es ist bis dahin eine reine Gnade für den Gläubiger, kein Recht desselben auf ein unentziehbares Haftobjekt, daher mit den übrigen Fällen einer beschränkten Haftung nur insoweit zu vergleichen, als Klagerhebung die Konstituirung des Sondergutes bedingt. Im Uebrigen liegt aber allerdings alles gleich, da nach Art. 119 Privatgläubiger sich nicht an das Gesellschaftsvermögen halten können, dieses vom Augenblick der Klagerhebung an dem Sondergläubiger exklusiv haftet.

5. Ein eigenthümliches Sondergut ist die Konkursmasse, sie ist durchaus sui generis und theilweise das gerade Widerspiel dessen,

Digitized by Google

was wir als Sondergut kennen lernten. Allenfalls zeigt sie mit der Nachlaßmasse beim beneficium separationis Verwandtschaft. Sie haftet allen Gläubigern, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben §. 2 K.O. Sie haftet also nicht den später begründeten und den in §. 56 K.O. ausgenommenen Forderungen, und ihre an sich begründete Haftung wird ausgeschlossen durch die Nichtanmeldung der Forderungen. Also haben wir unbedingtes und vorzugsweises Exekutionsrecht. Aber eine beschränkte Haftung haben wir hier nicht, denn durch die Exekution werden die Forderungen der Gläubiger nur soweit aufgehoben, als sie wirklich befriedigt sind. Ferner ist zu beachten, daß die Eigenschaft des Vermögens als Konkursmasse, und soweit als Sondergut, was Voraussetzungen und Dauer anbetrifft, in den übrigen Fällen des Sondergutes ihres Gleichen nicht findet, höchstens mit der separirten resp. inventarisirten Erbschaft eine gewisse Aehnlichkeit hat. Das Vermögen als Konkursmasse ist Sondergut, nur weil und so lange die Generalexekution thatsächlich durchgeführt wird, im Gange ist. Also nur die exklusive Exekution selber mit ihren nothwendigen einleitenden Handlungen macht das Vermögen zum Sondergut, anderswo rechtfertigt umgekehrt erst die Eigenschaft als Sondergut die exklusive Exekution, d. h. die vorzugsweise Haftung ist begründet sofort mit der Schuld, hier ist sie begründet erst mit Einleitung der Generalexekution. Ein anderer Unterschied ist noch, daß das Konkursverfahren alles exequirbare Vermögen ergreift. Das ganze Vermögen ist also nur in dem Sinne ein Sondergut, als es in seinem augenblicklichen von der Konkurseröffnung ergriffenen Bestande gewissen Gläubigern vorzugsweise haftet.

Die Auffassung der Konkursmasse als Sondergut hat schon früher ihren Ausdruck gefunden in dem von Kohler in seinem Lehrbuch des Konkursrechtes I. §. 22 ff. vertretenen Beschlagsrecht, dem frühere Ausführungen von v. Canstein bei Grünhut IX. S. 481 und von Seuffert, Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechtes, vorausgegangen sind. Ich halte Kohler's Ansicht für richtig, die Gläubiger haben ein dingliches Recht und dies ist das „Beschlagsrecht", d. h. das Recht exklusiver Exekution, wie wir es bald als Gesammt- und General- bald als Sonder- und Spezialexekutionsrecht

Digitized by Google

kennen gelernt haben. Das Vermögen des Schuldners wird durch seine Verstrickung in einen pfandartigen Nexus zum Sondergut, das dingliche Recht Dritter sondert zwar nicht das Koexistirende, aber doch das Succedirende. Im Uebrigen verweise ich auf Kohler.

6. Wie wenig „actio in rem scripta“ und „Sondergut“ ausreichen, um einen genauen, scharfen und einheitlichen Begriff zu bezeichnen, wie zumal das letzte Wort einen wahren juristischen Proteus bezeichnet, zeigt die actio de peculio. Bekker Z. IV. S. 508 und Pandekten I. S. 151, weist nach, daß sie actio in rem scripta sei, die Natur des peculium als ein im Vermögen des Herrn stehendes „Sondergut“ ist unbezweifelt, aber vorzugsweise oder gar exklusive Exekution ist mit diesem Sondergut nicht verbunden. Diese unzweifelhafte Thatsache drückt sehr bezeichnend Brinz II. §. 258 S. 206 aus: „Das Pekulium ist nicht Zahlungsmittel (also nicht einmal in solutione!), sondern ein . . . . Maßstab und danach das Maß, auf welches die Kondemnation selbst . . . . . nöthigenfalls reduzirt wird. So kann es kommen, daß . . . . weil ein Pekulium zur Zeit der Kondemnation nicht da ist, absolvirt werden muß; allein diese Freisprechung erfolgt nicht mangels Schuld, sondern weil der Schuldmesser im entscheidenden Augenblick auf Null steht“. Bekker, Pandekten I. §. 43 S. 147, spricht von „Klagen wider den Herrn auf Höhe des gegenwärtigen Bestandes vom Pekulium“. Wir haben also lediglich eine beschränkt persönliche d. h. Maximalhaftung, für welche der Vater mit seinem ganzen Vermögen haftet, l. 7 §. 15 D. quibus ex causis 42, 4. Der Unterschied von der actio noxalis liegt auf der Hand. Hier Befugniß zum „Abandon“ ohne einen Schuldmesser von wechselnder Größe, dort lediglich ein Schuldmesser. Beide Male jedoch Haftung mit dem gesammten Vermögen, nicht mit Spezialobjekten.

7. Stobbe führt noch an: „Durch Verträge eines Haussohns oder einer Ehefrau wird nur deren freies Vermögen, über welches sie die Verfügung haben, verhaftet.“

Hiernach scheint Stobbe das freie Vermögen als ein Sondergut anzusehen, während doch das Umgekehrte richtiger sein dürfte. Denn systematisch ist das unfreie Gut die Ausnahme, die Besonderheit, das Freie das Natürliche. Die Ausnahmestellung beruht darin, daß ein Theil des Vermögens den Gläubigern entzogen ist, es

Digitized by Google

wird also nicht das freie, sondern das unfreie Gut besonders behandelt, wird zum Sondergut. Die Ursache liegt aber keineswegs in der Nichthaftung, sondern in dem ehemännlichen resp. väterlichen Nießbrauch und Verwaltungsrecht, dessen Folge erst die Nichthaftung ist. Allein unter dieser Betrachtung gewinnen wir eine Parallele zu den übrigen Sondergütern. Diese als vom Pfandnexus umfaßten Vermögenstheile werden zum Sondergut durch die Pfandhaftung, das unfreie Kindes- und Frauengut wird zum Sondergut durch die Unterwerfung unter das väterliche resp. ehemännliche Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht, *das dingliche Recht des Dritten bewirkt in beiden Fällen die Sonderung*. Aber ein Unterschied vom gewöhnlichen Sondergut besteht darin, daß das unfreie Kindes- und Frauengut für die auf ihm lastenden Schulden nur mit seinen Einkünften, nicht mit seiner Substanz haftet, ferner daß weder Maximal noch beschränkte Haftung vorliegt. Trotz fruchtloser Exekution bleibt die Schuld bestehen. Wenn man eine möglichste Annäherung an die anderen Sondergüter will, so könnte man vielleicht die Früchte als Sondergut auffassen, bis zu dessen Betrag die Schuldforderung ginge. Aber es bleibt immer ein Mangel. Denn Sondergutseigenthum und persönliche Schuld treffen immer da zusammen, wo wir bisher ein echtes Sondergut kennen lernten, hier fällt beides auseinander oder ein Sondergut existirt überhaupt nicht. Das Sondergut haftet für die Schulden des Mannes, nicht des Sohnes oder der Frau, es gehört aber den letzteren. Sind die Früchte das „Sondergut", so haften diese als gewöhnlicher Vermögensbestandtheil des Mannes wie alle übrigen Vermögensbestandtheile desselben. Sie vereinigen sich so unterschiedslos mit der übrigen Masse, daß wir von einem Sondergut überhaupt nicht sprechen können.

8. Kein Sondergut ist die Portion des Belasteten, an welcher nach l. 1 C. comm. de leg. 6, 43 dem Legatar ein gesetzliches Pfandrecht zusteht. Einmal haftet dem Vermächtnißnehmer in der Zwangsvollstreckung an sich das ganze Vermögen des Erben, höchstens wird durch die falcidische Quart seinem Anspruch eine Maximalgrenze gezogen. Sodann müßte man konsequent auch eine verpfändete Sachgesammtheit als ein Sondergut ansehen, ebenso die dem unmündigen Mündel pfandrechtlich verhafteten Objekte, welche der

Digitized by Google

Vormund oder Dritte mit ihrem Gelde angeschafft haben, schließlich auch noch das Gebäude, zu dessen Wiederherstellung ein Gelddarlehn gegeben ist. Dann kämen wir dazu, jedes Pfandobjekt als Sondergut anzusehen.

9. Nach Stobbe II. §. 126 zu N. 11, 12 haften die Lehnsschulden am Lehn', d. h. am Lehns-, nicht am Allodialnachfolger. Das Lehn dient also nur zur Bestimmung des Schuldners. Andererseits geht der Lehnsgläubiger in der Gesammtexekution des Konkurses dem Allodialgläubiger vor. Aber er kann sich in subsidium auch an das Allod halten, und Ueberschüsse aus den Früchten des Lehns haften auch den Allodialgläubigern. Die datio in solutum liegt also nicht vor, da nach fruchtloser Exekution die Schulden bestehen bleiben und andererseits Ueberschüsse dem Lehnsgläubiger nicht nützen. Das Lehngut haftet für die Lehnsschulden nur als gewöhnliches Pfand und dient wie bei der actio in rem scripta zur Bestimmung des Schuldners. Zu den Fällen der beschränkten Haftung gehört der soeben erörterte also nicht. Ebenso Ehrenberg S. 5.[7a])

10. Bekker a. a. O. N. 4 führt auch noch die Dos als Sondergut an. „Dieser Charakter scheint nur bei der Haftung für Impensen und für die actio funeraria hervorzutreten."

Wenn man schon ein Sondergut annehmen will, so fällt doch zunächst die beschränkte Verfügungsfähigkeit des Mannes in die Augen, die beschränkte Unveräußerlichkeit. Zwar bezieht sich dieselbe nur auf freiwillige Veräußerungen, so daß die Dos für ehemännliche Schulden der Zwangsvollstreckung unterworfen bleibt (cf. insbesondere l. 1 pr. D. de fundo dotali 23, 5) aber es liegt doch in der verschiedenen Behandlung zumal der Dotalgrundstücke und der übrigen Gegenstände ehemännlichen Eigenthums unstreitig eine gewisse Sonderung. Freilich hat dieselbe mit gesonderter Schuldhaftung nichts zu thun, sondern beruht darauf, daß gewisse Theile des ehemännlichen Vermögens vom Frauenrecht bis zu einer gewissen

---

[7a]) Parallel gehen die Reallasten. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 58 „obligationes in rem scriptae verbunden mit pfandhafter Belastung des Grundstücks". Verfehlt Pflüger's „dingliche Forderungsrechte" Arch. f. civ. Prax. 81 S. 292 ff. Er verkennt die Eigenthümlichkeit des Exekutionspfandes und verdeckt durch verwirrenden Sprachgebrauch den Kern der Sache. Wir brauchen seine Mittelbegriffe nicht, wenn wir festhalten, daß neben der unbeschränkten Haftung des Schuldners, Stobbe II §. 102 II, 3, die Pfandhaftung dinglich und obligatorisch modifizirt sein kann.

Digitized by Google

Grenze ergriffen werden. Jedoch deutet die actio funeraria l. 16—19 D. de relig. 11, 7 auf eine besondere Schuldhaftung hin; ihr unterliegt derjenige, an welchen nach dem Tode der Frau die Dos kam. Es ist aber nicht zu ersehen, ob hier lediglich eine actio in rem scripta vorliegt, oder ob wir hier auch eine Maximal- oder gar beschränkte Haftung haben. Mir scheint, daß die actio funeraria in solidum geht und höchstens der Beklagte sich an Anderen erholen kann, denn es wird als besondere Ausnahme die dem Gatten zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs erwähnt, l. 28 D. de religiosis 11, 7. Die Haftung für Impensen, impensae dotem ipso jure minuunt, ist bevorzugt nur durch ein Retentionsrecht des Mannes, man wird aber doch niemals schon wegen eines bloßen Retentionsrechtes die von ihm betroffene Sache als ein Sondergut bezeichnen können. Dann wären ein Sondergut die vom Nachbargebäude durch einen Sturm auf mein Gebiet herübergeworfenen Dachziegel u. s. w., welche ich retinire, um zum Ersatze meines Schadens zu kommen. Daß wir kein Sondergut haben, dafür spricht noch, daß der Ehemann, welcher irrthümlich von der Retention keinen Gebrauch machte und die Impensen nicht abzog eine condictio wegen des zuviel Gezahlten anstellen kann, diese condictio aber durch Nichts ausgezeichnet ist.

Die Dos ist höchstens bei der actio funeraria Individualisirungsapparat aber nicht mehr; unter die Sondergüter kann man sie nicht rechnen.

11. Ebensowenig gehört zu den Sondergütern der in Aktien angelegte Theil eines Privatvermögens. Bekker N. 9, Ehrenberg S. 446, 452, 453. Für die Schulden der A.G. haftet ihr Vermögen, wird die A.G. verklagt und verurtheilt, so kann die Zwangsvollstreckung auch nur gegen ihr Vermögen gehen. Dazu gehören aber nicht die Aktien selber, deren Erwerb der Gesellschaft sogar verboten ist. Gehen eines Tages durch Zufall sämmtliche Aktien unter, ist es nur ein Schade der Eigenthümer. Das was zum Vermögen des Aktionärs gehört, haftet also nicht dem Gesellschaftsgläubiger, sondern nur dem Privatgläubiger und nicht anders wie jedes übrige Vermögensstück überhaupt. Aktien sind kein Theil des Aktienvermögens, sie geben lediglich ein qualifizirtes Forderungsrecht gegen dasselbe.

Man muß scheiden die auf Grund der Aktie gemachte Einlage und das auf Grund der Einlage erwachsene Forderungsrecht,

Digitized by Google

erstere ist Vermögen der Gesellschaft, letzteres Vermögen des Aktionärs. Nur die Einlage haftet und sie muß nothwendig im Eigenthum der Gesellschaft stehen, weil sie sonst nicht das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen der Gesellschaft sein kann. Die Sache liegt genau gleich mit dem Rechtsverhältniß des Kommanditisten, stillen Gesellschafters, Korporationsmitgliedes. Ihre Einlage ist ein völlig ausgesonderter Theil ihres Vermögens, mit ihr haftet ein ganz anderes Rechtssubjekt, als sie selber, von ihrem Standpunkte aus ist die Haftung gänzlich unpersönlich und als solche ohne jeglichen Zusammenhang mit beschränkter oder Maximalhaftung.

12. Dasselbe gilt vom Antheil an dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft. Dieser ist ein gänzlich ausgesonderter und an ein anderes Subjekt übergegangener Theil des Privatvermögens. Dies Subjekt ist nicht die o. H.G. als juristische Person, sondern das selbständig zum juristischen Subjekt erhobene Gesellschaftsvermögen, welches als solches neben den übrigen Personen der o. H.G. steht. Krückmann, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes XXXVII S. 235 f. In der That ist ja auch die Klage, auf welche hier der Einzelne mit seiner Einlage haftet, innerlich verschieden von jener, auf welche er mit seinem ganzen Vermögen haftet und kann es äußerlich wenigstens sein. Daß de facto beide zusammengestellt werden können, ist kein Gegenbeweis, es genügt, daß begrifflich ihre Trennung möglich, wenn auch äußerlich nicht immer nothwendig ist. Bekker a. a. O. und Stobbe a. a. O. nehmen daher diesen Fall mit Unrecht unter die Erscheinungsfälle des Sondergutes.

13. Bekker, Pandekten I, S. 148 führt noch die stationes fisci als Sondergüter an. L. 1 §. 1 C. ne fisc. 10, 5 . . . cum et in his venditionibus emptore non inquietato officia inter se possint experiri, d. h. die Vertreter verschiedener „Sondergüter" eines und desselben Gesammtvermögens können wider einander prozessiren. Hier handelt es sich offenbar ebenfalls um einen anderen Thatbestand. Die einzelne statio fisci ist formal zum selbständigen Subjekt gemacht, über die Art ihrer Verschuldung ist nichts gesagt. Jedoch steht fest, daß die einzelne statio fisci selbständig und unbeschränkt haftet, beschränkte oder Maximalhaftung ausgeschlossen ist. Nicht das Gesammtvermögen haftet mit einem „Sondergut", sondern ein solches existirt in dem uns bisher bekannten Sinne wegen der Selbständigkeit der statio fisci überhaupt nicht.

Digitized by Google

Aus allen Erörterungen über Sondergut und beschränkte Haftung erhellt

1. daß überall und nur da, wo Sondergutseigenthum und persönliche Haftung zusammentreffen und wo die Exekution auf bestimmte als Theil eines größeren Vermögens erscheinende Objekte beschränkt ist, die beschränkte Haftung, d. i. die qualifizirte Pfandhaftung, vorliegt, deren wesentliche Eigenschaft ist, daß mit dem Haftobjekt auch die Schuld untergeht. Dies trifft zu bei Schiffsgläubigerrecht, Hypothek, Grundschuld, bei der Rechtswohlthat des Inventars und der Separation, dem älteren Bergwerkseigen, dem altdeutschen Rentengut und Pfand und bei der Klage aus Art. 147 H.G.B. Modifizirt sind gewöhnlich die Grundsätze von der datio in solutum, insofern Ueberschüsse über die Schuld nicht dem Gläubiger, sondern regelmäßig dem Schuldner zu gute kommen.

2. Ist eine Beschränkung vorhanden, bezieht sie sich jedoch nicht auf die Exekution in bestimmte Objekte z. B. bei der alten römischen Separation und beim peculium profecticium, so haben wir eine bloße Maximalhaftung.

3. Liegt jedoch von einer Beschränkung überhaupt nichts vor, so haben wir entweder

a) lediglich eine actio in rem scripta z. B. Noxalklage, actio quod metus causa. Dieselbe kann unter Umständen mit der Befugniß der Hingabe z. B. des caput ausgerüstet sein, jedoch ist dies nicht wesentlich. Man verwechsele diese Befugniß jedoch nicht mit dem von Ehrenberg §. 3 insbesondere S. 14 f. dargestellten Abandon. Dieser ist Verzicht auf das Sondergut zu Gunsten des Gläubigers mit Wirkung der Schuldtilgung. Bei der actio i. r. scr. bedeutet der Abandon nur, daß die zur Bestimmung des Schuldners dienende res fortgeschafft wird, so daß die persönliche Schuldhaftuug des konkreten Schuldners, aber nicht die Schuld selber untergeht. Beides trifft nur dann zusammen, wenn die res an den Gläubiger kommt, dann geht die Schuld durch Konfusion aber nicht durch Hingabe an Zahlungsstatt unter.

oder b) wir haben ein gewöhnliches Pfandrecht als Accessorium einer gewöhnlichen Forderung z. B. gesetzliches Pfandrecht zu Gunsten des Legatars an der Portion des Belasteten.

oder c) beides ist kombinirt bei Lehngut und Reallast.

Digitized by Google

4. Die Konkursmasse ist, wie schon gesagt, ein ganz eigenthümliches „Sondergut", denn sie umfaßt grundsätzlich das ganze Vermögen. Der Ausdruck Sondergut ist daher wenig entsprechend, wenn wir auch in den Konkursgläubigern eine Anzahl Forderungsberechtigter haben, denen eine exklusive Exekution in die „Masse" zusteht. Daß auch die exklusive Exekution und ihre Voraussetzungen andere sind, als beim gewöhnlichen Sondergut, ist oben schon dargelegt. Ferner ist hier nur eine Gesammt- und Generalexekution ohne Sonder- und Spezialexekution.

5. Ebenso folgt gänzlich seinen eigenen Regeln das unfreie Kindes- und Frauengut.

Seine Substanz haftet grundsätzlich überhaupt für gar keine Schulden, seine Früchte gehen in das Eigenthum des Mannes über und haften für dessen Schulden wie alle übrigen Bestandtheile seines Vermögens. Damit steht nicht in Widerspruch, daß aus dem Sondergut Mann und Vater mit Einwilligung der Frau und des Kindes deren Schulden bezahlen kann und daß das Vermögen, sobald es frei wird für die Schulden seines Eigenthümers haftet.

Auch hier können wir nicht von einem Sondergut sprechen.

6. Fällt die persönliche Schuldhaftung fort z. B. beim stillen und für Gesellschaftsklagen beim offenen Gesellschafter, beim Aktionär, Kommanditisten, Korporationsmitglied, so kann von einem Sondergut noch weniger die Rede sein, wie in den Fällen 2, 3a, b, c, dann haftet ein Dritter mit dem unterschiedslos mit seinem Vermögen vermischten regelmäßig als Einlage bezeichneten „Sondergut", wie jeder Schuldner mit seinem Vermögen haftet. Die Haftung desjenigen, welcher die Einlage gab, kann man nur uneigentlich als solche bezeichnen und muß sie jedenfalls unpersönlich nennen.

Ist die Einlage nicht vollständig, so tritt eine persönliche aber lediglich drittschuldnerische Haftung hervor. Dieselbe verleugnet sich auch nicht in ihrer beim Kommanditisten vom Gesetzgeber beliebten Modifikation.

7. Die stationes fisci sind eine Reihe von Privatrechtssubjekten, die naturgemäß für ihre eigenen Schulden aufzukommen haben. Das „Sondergut" ist zur juristischen Person geworden, aber wegen seiner Allmacht kann der Staat, hierin durch eine weite Kluft vom privaten Rechtssubjekt unterschieden, das Sonder-

Digitized by Google

gutsvermögen jederzeit als sein eigenes in Anspruch nehmen, seine Gläubiger darauf anweisen u. s. w.

Wir scheiden daher alle nicht unter 1. bezeichneten Fälle vom Sondergut aus, indem wir mit diesem Wort nur die Exekutionsobjekte bei beschränkter Haftung benennen.

Wenn wir nun die bisher gewonnenen Sätze auf den zur Frage stehenden Fall des Frankfurter Ausstellungsausschusses anwenden wollen, so müssen wir uns noch erinnern, daß in Ermangelung abweichender Bestimmungen gemeines Recht anzuwenden ist. Zunächst erhebt sich die Frage nach dem Thatbestand. Würde auf diesen an sich der Gesichtspunkt der qualifizirten Pfandhaftung anwendbar sein?

Die Antwort kann m. E. nur bejahend ausfallen.

Wir haben zunächst eine persönliche Schuld des Eigenthümers des Sondergutes, d. h. der kontrahirenden Ausschußmitglieder, die wir als die Eigenthümer des Garantiefonds zu betrachten haben.

Wir haben ferner die Abmachung: Der Schuldner haftet nur mit dem Garantiefonds, d. h. mit dem Sondergut. Darin liegt:

1. Der Gläubiger kann sich nicht an das übrige Vermögen des Schuldners halten. Mit dem Sondergut resp. mit der Exekution in dasselbe geht auch seine Forderung unter.

Dieser Beschränkung entspricht andererseits der nothwendige Vorzug.

2. Der Gläubiger hat ein vorzugsweises Exekutionsrecht in das Sondergut, exklusive Haftung des Sonderguts.

Das Erste ist an sich klar, mit dem Sondergut soll die Schuld stehen und fallen, das Zweite ist das nothwendige und gerechte Korrelat des Ersten. Dies ergiebt sich aus der Zweckbestimmung des Sonderguts, dasselbe vermöchte seinem Zweck nur höchst unvollkommen zu dienen, wenn es in gleicher Weise wie das übrige Eigenthum des Schuldners dessen Privatgläubigern als Satisfaktionsobjekt dienen müßte. Gesetzt der Schuldner hat die gesammelten Beiträge bei einer Bank deponirt unter Umständen, welche für Jedermann erkennbar die Zweckbestimmung darthaten. Er wird wegen Privatschulden exequirt und sein Privatgläubiger will das Depot pfänden lassen. Unter welchem Titel will man dem Sondergutsgläubiger sein Haftobjekt erhalten? Denn das ist ja gerade-

Digitized by Google

zu undenkbar, daß auch der Privatgläubiger zu demselben den Zugriff haben sollte. Das widerspräche der ganzen Zweckbestimmung auf das Schneidenste und würde das ganze Unternehmen, dem die gesammelten Beiträge dienen sollen, in Frage stellen. Oben sahen wir, daß es unumgänglich ist, den Schuldner als Eigenthümer zu betrachten, daß formal also das „Sondergut" zu seinem Vermögen gehört. Unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten will man denn zu Gunsten des Gläubigers das „Sondergut" vom übrigen Vermögen sondern? Reine Wirthschaft und scharfe Grenzziehung zwischen beiden Vermögensmassen sind gar nicht zu entbehren. Wir erreichen die Letztere aber nur dadurch, daß wir durch den Pfandnexus das Sondergut von dem übrigen Vermögen abgrenzen. Die Pfandhaftung ist der einzig mögliche Gesichtspunkt, um den Garantiefonds als Sondergut juristisch selbständig zu machen. Hierzu stimmt, was wir auch sonst schon z. B. beim unfreien Kindesgut kennen gelernt haben: Das dingliche Recht Dritter sondert einen Theil des Vermögens von dem übrigen Ganzen.

Es wäre nur noch denkbar das Sondergut als eine Stiftung, d. h. ein selbständiges Zweckvermögen zu betrachten. Dagegen aber spricht der oben schon gegen das Eigenthum der Geber geltend gemachte Gesichtspunkt, daß das Vermögen unzweifelhaft für persönliche Schulden der Ausschußmitglieder haften soll, daß für solche die Objekte fremden Eigenthums (d. h. der Stiftung als juristischer Person) an sich nicht haften, denn der Gläubiger klagt nicht gegen die Mitglieder als Vertreter der Stiftung oder der Geber, sondern wie gesagt persönlich. Ferner giebt, wie wir noch sehen werden, die Pfandhaftung des Sondergutes dem Gläubiger viel schneidigere Waffen in die Hand als die Theorie vom Zweckvermögen, denn sie stellt dingliche Beziehungen zwischen Satisfaktionsobjekt und Gläubiger her, während die Haftung des Zweckvermögens von der gewöhnlichen Intensität ist.

Wir werden also immer wieder mit zwingender Gewalt auf die Pfandhaftung des im Eigenthum des Beklagten stehenden Sondergutes zurückgewiesen.

Steht dies fest, so ergeben sich die nothwendigen Folgerungen von selber. Wir wollen unterscheiden, ob das Sondergut als solches noch existirt, oder ob es mit dem Privatvermögen vermischt oder gänzlich verschwunden ist.

Digitized by Google

I. Es existirt noch objektiv. Dann sind bewegliche Sachen und Forderungen an sich verpfändet. Da bringen uns aber die §§. 14, 15 E.G. zu K.O. in unangenehme Verlegenheit, da sie nur Faustpfandrechte anerkennen. Vielfach geht die Meinung dahin, daß nunmehr überhaupt kein anderes Mobiliar- und Forderungspfandrecht möglich sei als Faustpfand. Aber die Bestimmungen sind, wie Dernburg I, §. 264b mit Recht annimmt nur auf den Konkurs anwendbar und überdies sind gerade die oben schon nachgewiesenen Fälle der vorzugsweisen Exekution in Mobilien ein deutlicher Beweis, daß unser Recht ein Exekutionspfand, welches ja niemals Faustpfand sein kann, sehr wohl kennt. Aber §. 709 C.P.O. setzt dem Faustpfand alle übrigen Pfänder nach, soweit sie nicht nach §. 41 K.O. dem Faustpfand gleichstehen. Besonderer Ausdruck dieses Gedankens ist in §. 710 C.P.O. zu finden. Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitz der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen. Hiergegen ist mindestens zu sagen: Die dingliche Wirkung des Pfandrechtes ist trotzdem an sich möglich, aber sie ist allerdings sehr beschränkt, da sie weder bei der Generalnoch bei der Spezialexekution gegen die Konkurrenz des Faustpfandgläubigers Stand hält.

Aber man muß weitergehen, wenn man nicht bei Separation und Inventarisation der Erbschaft den Nachlaßgläubigern den Widerspruch gegen Pfändungen der Privatgläubiger versagen will. Das Gegentheil sagt ausdrücklich l. 1 §. 3 D. de separationibus 42, 6 Ulpianus. Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede jure pignoris vel hypothecae attamem si hereditaria fuit, jure separationis hypothecario creditori potiorem esse eum, qui separationem impetravit et ita Severus et Antoninus rescripserunt. Im Handelsgesetzbuch ist dies für das Verhältniß von Schiffs- und Privatgläubigern zwar nicht ausdrücklich bestimmt, wird jedoch von Ehrenberg S. 144 f. angenommen. Anderer Meinung ist allerdings Gaupp zu §. 710 C.P.O., welcher dem Schiffsgläubiger nur die Klage aus §. 710 C.P.O. giebt. Wer nach obigen Erwägungen geht, muß annehmen, daß §§. 709, 710 C.P.O. von einem andern Rechtssatz durchbrochen werden, welcher bei der beschränkten Haftung die Gültigkeit des Exekutionspfandrechtes

Digitized by Google

anerkennt. Da kein Grund ist, diesen Satz auf die genannten Fälle zu beschränken, dürfen wir ihn auch auf den Garantiefonds anwenden. Das würde zur Folge haben, daß das Pfandrecht des Sondergläubigers auch gegen die Konkurrenz der Besitzpfänder aufkommen kann.

Will man dies nicht anerkennen, so braucht man doch nur den Fall der Konkurrenz preiszugeben, denn wo diese nicht eintritt, zeigt sich die dingliche Wirkung. Nur durch sie ist die Anwendung von §. 819, 820 C.P.O. gerechtfertigt. Bekommt der Gläubiger Wind, daß der Schuldner das Sondergut als solches verthun, vernichten will u. s. w., so kann er auf einstweilige Verfügung antragen, um sich sein Haftobjekt zu retten, analog dem oben S. 80 berichteten Fall bei einer Hypothek. Wäre ihm das Sondergut nicht pfandrechtlich verhaftet, so würde sein Antrag ohne Weiteres abgewiesen, denn sonst könnte jeder Gläubiger, welcher merkt, daß sein Schuldner sein Vermögen in irgend welcher Art vermindert, sofort auf einstweilige Verfügung antragen, jedoch ist das Gegentheil gerechtfertigt und auch u. a. für die Zweckvermögen zweifellos anzuerkennen.

Nicht minder sind anwendbar die §§. 796 ff. C.P.O. über den Arrest, welcher durch die beschränkte Haftung auch da gerechtfertigt wird, wo der Richter bei unbeschränkter Haftung den Arrest sicher verweigern würde. Ehrenberg S. 208, 261.

Nach §. 710 C.P.O. hat der Sondergläubiger das Recht ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des von einem Dritten gepfändeten Sondergutes klagend beim Vollstreckungsgericht geltend zu machen.

Erlös ist nach R.G. VII S. 371 die noch nicht von dem die Exekution betreibenden Gläubiger perzipirte Summe, die pecunia quae exstat. Das Nähere über dies im Allgemeinen wenig schneidige Hülfsmittel ergiebt §. 710 C.P.O., ich gehe hier nicht weiter darauf ein.

Eine andere Wirkung des Pfandrechtes ist, daß der Sondergutsgläubiger gegen den Privatgläubiger, welcher sich aus einer zum Sondergut gehörigen Sache befriedigt hat, eine Bereicherungsklage anstellen kann. Dies gilt auch da, wo der Privatgläubiger

Digitized by Google

an der Sache ein Faustpfand erworben hatte, auch wenn dieses dem Pfandrecht des Sondergutsgläubigers vorgeht. Dies ist billig und gerecht, ja eigentlich selbstverständlich, wäre aber garnicht zu rechtfertigen, wenn der Sondergutsgläubiger, wie ein gewöhnlicher Privatgläubiger dastände. Ein solcher hat niemals gegen einen Konkurrenten eine Bereicherungsklage, nur weil dieser ihm in der Exekution zuvorgekommen ist.

Da das Sondergut wesentlich aus Forderungen bestehen wird, ist für uns besonders wichtig §. 15 E.G. zu K.O. Danach bestehen Faustpfandrechte im Sinne der K.O. an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur,

1. wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist. Dies ist möglich anzunehmen, wo das Komitee den Fonds als depositum irregulare bei einer Bank niedergelegt hat, indem sie der Bank das Sondergut als solches erkennbar machte. Schloß sie nur eine locatio conductio operarum ab über Aufbewahrung und Verwaltung des Sondergutes, so fällt die Bestimmung außer Anwendung, denn die Drittschuldner aus den Obligationen und Forderungspapieren werden regelmäßig nicht benachrichtigt. Ist also das Sondergut zu gewöhnlichem Darlehn gegeben, so ist in den weitaus meisten Fällen kein Faustpfand im Sinne der K.O. vorhanden.

2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechtes bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat. Ein höchst seltener Fall ist die erste Möglichkeit, die zweite können wir aber als Besitz- nicht als Exekutionspfand! unter das gewöhnliche Bankdepot d. h. die locatio conductio operarum bringen — diesen wohl durchaus häufigsten Fall das Sondergut aufzubewahren —, wenn dem Depositar die Zweckbestimmung des Sondergutes bekannt war. Dies wird immer zutreffen, wo der Ausschuß als solcher deponirt. Dadurch wird das Deponirte als Ausschußvermögen und als Satisfaktionsobjekt für die Ausschußschulden genügend gekennzeichnet. Dies muß hinreichen, wenn auch der Depositar die Namen der Gläubiger nicht kennt. Letzteres ist unwesentlich, denn es kann auch bei einer speziellen Verpfändung fortfallen.

Digitized by Google

3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist. Dies kommt wohl garnicht vor. Auch hier ist die Bereicherungsklage des Sondergutsgläubigers gegen Privatgläubiger ganz in der oben dargestellten Art zulässig. Immobilien sind wohl niemals im Sondergut enthalten. Jedenfalls ist die Verpfändung des Sondergutes nur ein Titel auf Eintragung im Grundbuch. Aber die Bereicherungsklage muß auch hier zulässig sein.

Die von §§. 40, 41 K.O. beherrschte Generalexekution bietet für unser Pfandrecht keinen Raum: nur die Bereicherungsklage ist zulässig. Jedoch ist zu beachten, daß alles dies nur gilt unbeschadet der Resolutivbedingung, welche beim Konkurse in Kraft tritt. Das geltende Recht ist also der Sondergutshaftung nicht günstig, hier kann nur der Gesetzgeber Besserung schaffen, indem die Bestimmungen über das Faustpfand abgeändert werden.

II. Das Sondergut ist nicht mehr objektiv als solches vorhanden.

Es ist zu unterscheiden:

Kasueller Untergang befreit den Schuldner, schadet dem Gläubiger. Verschuldeter Untergang unterwirft den Schuldner der actio pigneraticia in personam mit seinem ganzen Vermögen. Dies ist der Spezialfall, der zur Erörterung unserer Frage Anlaß gab. Durch eine nicht ordnungsmäßige Wirthschaft hatte das Komitee den Garantiefonds unzulänglich gemacht, es hatte also das Pfandobjekt kulpos behandelt und muß darum haften. Das Erkenntniß des Reichsgerichtes, welches diese Haftung verneint, ist weder vor dem positiven Recht noch vor der wahren Gerechtigkeit zu rechtfertigen.

Dies gilt auch dann, wenn man annimmt, daß das Reichsrecht nur dem Faustpfand irgend welche dingliche Wirkung beilegt, denn mit den dinglichen fallen die obligatorischen Wirkungen noch nicht.

Man muß jedoch zwei Fälle unterscheiden.

Die Nachlässigkeit ist entweder vor oder nach dem Kontrakt vorgegangen. Der letzte Fall ist klar. Im ersten hat der Schuldner 1. entweder über den Umfang des Vermögens richtige Angaben gemacht oder 2. nicht. Dann haftet er dementsprechend 1. nicht über das Vorhandene hinaus, denn der Dritte konnte sich nach den

Digitized by Google

Angaben richten. In Wirklichkeit liegt unter solchen Umständen dem Dritten gegenüber keine Schuld vor. Andernfalls 2. haftet der Schuldner für das, was er dem Dritten zusagte, schlechthin. Versäumte der Gläubiger überhaupt, sich nach dem Umfang des Fonds zu erkundigen, so muß er nehmen, was übrig bleibt. Beweist also der Schuldner, daß die Nachlässigkeit vor dem Vertragsschluß eintrat und dem Dritten der Umfang des Vermögens bekannt war, resp. dieser überhaupt jegliche Erkundigung versäumt hat, so ist er frei.

Sind Bestandtheile des Sondergutes mit dem übrigen Privatvermögen des Schuldners vermischt, so genügt diese Thatsache ohne Rücksicht auf Schuld oder Zufall, den Schuldner persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftbar zu machen. Dies gilt analog dem von Ehrenberg S. 147 f., 297 f. entwickelten Prinzip.

Verminderung des Sondergutes durch ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb war von vornherein vorgesehen und trifft daher den Gläubiger. Eine Analogie bietet die Verpfändung einer Sachgesammtheit, von welcher die im Laufe des Geschäftsbetriebes veräußerten Sachen aus dem Pfandnexus ausscheiden.

Die an Stelle der qualifizirten Pfandhaftung tretende neue Haftung ist eine Maximalhaftung, da der Gläubiger unter keinen Umständen mehr als den Betrag des Sondergutes beanspruchen kann. Sie wird durch die Höhe der Differenz zwischen dem Soll und Hat des Sondergutes begrenzt. Eine durchgreifende Analogie bietet die beschränkte persönliche Haftung bei Ehrenberg S. 147 f., 297 f., worauf ich verweise.

Die Beweisfrage erledigt sich durch folgende Erwägung. Das Sondergut ist an Zahlungsstatt zwar nicht hingegeben aber ausgesetzt. Den Untergang der Schuld hat der Schuldner zu beweisen, folglich auch den ordnungsmäßigen Verbrauch des Sondergutes. „Auf dem Schuldner ruht der Beweis, daß das Sondergut . . . . nicht hingereicht habe, um den Gläubiger für seine Forderung vollständig zu befriedigen." Ehrenberg S. 19.

Darum brauchen wir dem Gläubiger auch nicht das Recht der Kontrole zu geben, denn der Schuldner muß sich ihm gegenüber, wenn es zu ernstlicher Einforderung des Geschuldeten kommt, doch über den Verbleib des Sondergutes ausweisen.

Für die Art des Zugriffes der Gläubiger entscheidet die Prä-

Digitized by Google

vention. Dies ergiebt die Natur der Sache und läßt sich auch aus der Analogie von l. 22 §. 4 a C. de jure deliberandi 6, 30 belegen. Da heißt es von den Erben, welche mit der Rechtswohlthat des Inventars antraten: Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur. . . .

Da der Gläubiger nur ein Interesse am Sondergut und nicht an der Person des Schuldners hat, steht nichts im Wege, bei beschränkter Haftung eine actio in rem scripta anzunehmen, d. h. nur den jeweiligen Besitzer des Sondergutes als solchen haften zu lassen. Vor Veruntreuung schützt die Beweislast und die ergänzende Maximalhaftung.

Wir erreichen dadurch die Möglichkeit beliebigen Personenwechsels, welche durch den Realkredit gerechtfertigt wird.

§. 6. Das bürgerliche Gesetzbuch.

Der Entwurf hat sich mit den hier behandelten Rechtsverhältnissen der Ausschüsse nicht befaßt und weist daher eine Lücke auf. Diese auszufüllen bieten sich zwei Wege, dem Inhalte des gemeinen Rechtes nachzugehen oder ins künftige das Ausschußvermögen als Zweckvermögen zu fixiren und dasselbe zur Grundlage der gesetzlichen Regelung zu machen.

Freilich, die von Puchta S. 474 angeführten Bedenken schlagen nicht durch, 1. ob ein bloß gemeinnütziger Zweck zur Errichtung einer Stiftung genügt, 2. ob Fonds, die nicht auf eine dauernde Wirksamkeit berechnet, sondern zur Vertheilung bestimmt sind, den Charakter von Stiftungen annehmen, 3. ob der Mangel der Staatsgenehmigung „bei solchen Sammlungen, die wenigstens nebenher eine politische Färbung tragen", nicht gegen eine solche Stiftung spricht.

Das Bedenken sub 1 erledigt sich von selber durch die tägliche Praxis, dasselbe gilt vom zweiten Punkt, denn eine Stiftung ist unabhängig davon, daß sie sich etwa selbst verzehrt. Zwischen diesem Moment und der Möglichkeit einer Stiftung besteht kein innerer Zusammenhang, weder im Guten noch im Bösen.

Bedenklich ist der dritte Punkt und für alle Jene unüberwindlich, welche an der Konzessionspflicht der Stiftungen festhalten.

Digitized by Google

Nur wer von dieser oder von dem Zweckvermögen absieht, kann sich aus der Schwierigkeit heraushelfen. Vergleichen wir Ausschuß- und Zweckvermögen, so treffen wir immer die schon wiederholt berührten Unterschiede.

Das letztere bildet im ganzen geschäftlichen Verkehr den „ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht". Das erstere kommt überhaupt nicht zum Vorschein. Geschieht es bei der beschränkten Haftung doch einmal, so zeigt sich uns die Entbehrlichkeit des Zweckvermögens in noch höherem Maße. Hier, wo die Versuchung doch besonders stark ist, sehen wir immer noch besser vom Zweckvermögen ab und halten uns an das weit ausgiebigere Individualvermögen. Eine Abweichung ist auch für die Zukunft nicht gerechtfertigt, denn

1. alle Verträge der Ausschüsse werden nach wie vor auf die Persönlichkeit der Mitglieder abgestellt werden, von hier bis zur Haftung eines Zweckvermögens giebt es keine Vermittelung. Für persönliche Schulden kann nur ein Individualvermögen haften. Mag man vom Zweckvermögen alles Sonstige abbröckeln, das Moment der Selbständigkeit gegenüber dem kontrahirenden Dritten darf man niemals fallen lassen, denn sonst giebt man das, was hier als Zweckvermögen in Betracht kommt, selber Preis. Selbständig ist das Zweckvermögen nur, weil es kein Individualvermögen ist, und das Individualvermögen ist eben das unselbständige Herrschaftsobjekt eines Menschen. Mag daher dem Ausschußvermögen sein Zweck für alle Augen erkennbar aufgestempelt sein, für die Ausschußschulden kann es als Zweckvermögen niemals haften, weil es als solches dem Schuldner nicht gehören würde.

2. Das Zweckvermögen als nothwendige Grundlage der Schuldhaftung legt dem Gläubiger das Risiko des Verlustes auf. Gesetzt, ein Kommerzienrath M. unterschlägt, wie er es auch wirklich gethan, ganz oder theilweise eine Sammlung, so darf darunter der Ausschußgläubiger niemals leiden. Vertraute der Ausschuß, wenn auch ohne Kulpa, sein Vermögen einem unehrlichen Bankier an, so ist es sachgemäß, daß er und nicht der Dritte die Folge trägt. Vom Standpunkte der Lehre vom Zweckvermögen ist das Letztere jedoch unabweisbar.

3. Bei Austritt, Konkurs, Tod der Mitglieder scheint das Zweckvermögen allein ein praktisches Resultat zu ermöglichen. Aber

Digitized by Google

es ist nur Schein. Wir erreichen dasselbe mit dem bedingten Individualvermögen und in noch höherem Grade mit dem Sondergut. Sodann werden diese Momente zu sehr überschätzt. Gerade sie werden m. E. am wenigsten Anlaß zu Streitigkeiten geben, denn die thatsächlichen Garantien, ohne welche Ausschüsse überhaupt nicht funktioniren können, schützen davor.

Die lex ferenda kann sich danach nur an die lex lata anschließen und muß das Ausschußvermögen unter die fiduziarischen Stiftungen einreihen, von denen es sich nur durch die Persönlichkeit des Trägers und durch seine Verbrauchbarkeit unterscheidet.

I. Die unbeschränkte Haftung.

1.

Aus den Geschäften der Ausschüsse werden alle Mitglieder persönlich berechtigt und verpflichtet. Sie stehen auch für alle von Mitgliedern begangene Nachlässigkeit ein.

2.

Den Hintermännern, d. i. den Wählern sind sie zur sorgsamen Ausführung der übernommenen Geschäfte verpflichtet. Diese haben das Recht auf Rechnungslage nach Beendigung der Geschäfte und auf Beaufsichtigung ihrer Thätigkeit. Sie können jedes Mitglied jederzeit abberufen, zugleich Rechenschaft von ihm fordern und ihm Alles, was es vom Ausschußvermögen in Händen hat, abnehmen. Ihnen ist der Ausschuß verpflichtet, sein Vermögen vom Privatvermögen der Mitglieder äußerlich zu trennen.

3.

Den Mitgliedern haften wegen aller nothwendigen Auslagen, Kredite u. s. w. die Hintermänner als Gesammtschuldner, sofern sie nicht ihre Haftung durch bestimmte Beiträge oder Zeichnungen begrenzt haben. Für den Ausfall bei den Hintermännern stehen sich die Mitglieder wechselseitig nach Kopftheilen ein. Vor den Hintermännern haften einem Mitglied die Uebrigen mit dem Ausschußvermögen.

4.

Die Geber für Sammlungen haben das Recht auf zweckentsprechende Verwendung des Gegebenen und können dasselbe zurück-

Digitized by Google

fordern, sobald es dauernd zwecklos wird. Ist ein Theil verkehrt verwendet, so können sie nach Maßgabe des Gegebenen und des verkehrt Verwendeten einen Theil zurückfordern. Sie haften über den gegebenen oder gezeichneten Betrag nicht hinaus.

5.

Das Ausschußvermögen steht im Miteigenthum der Mitglieder. Durch Austritt, Konkurs, Tod, verbotene Verwendung verliert Jeder seinen Antheil. Veräußerung zu verbotenen Zwecken ist nichtig, sofern nicht die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb, Vermischung und Verjährung entgegenstehen.

6.

Wenn nur ein Mitglied austritt, stirbt u. s. w. (s. 5), so sind die übrigen Mitglieder berechtigt und ihren Hintermännern und den Gebern verpflichtet, das Ausschußvermögen allein in ihre Hand zu nehmen. Für Ausschußschulden haften der Nachlaß und die Konkursmasse des Ausgetretenen erst nach den übrigen Mitgliedern und nach dem Ausschußvermögen. Mitglieder von Sammelausschüssen können durch Austritt sich ihrer Pflichten gegen die Geber nicht entledigen.

7.

Privatgläubigern der Ausschußmitglieder haftet das Ausschußvermögen nicht. Zum Widerspruche gegen die Pfändung sind berechtigt alle Mitglieder mit Ausnahme des Beklagten, nach den Mitgliedern jeder Hintermann und Jeder, welcher Beiträge gegeben hat.

8.

Ein Ausschuß ohne Hintermänner kann vom Amtsgerichte seines Wohnortes aus rechtfertigenden Gründen einer Untersuchung unterworfen werden. Ebenso kann ihm das Amtsgericht aus denselben Gründen das Vermögen abnehmen und einen Pfleger dafür bestellen. Dies gilt insbesondere für Lotteriekomitees.

9.

Ueberschüsse des Vermögens kommen den Hintermännern und Gebern zu. Melden sie sich trotz Aufforderung nicht, so hat der Ausschuß das Recht, das Vermögen zu einem ähnlichen aber stets gemeinnützigen Zwecke zu verwenden.

Digitized by Google

II. Die beschränkte Haftung.

1.

Hat der Ausschuß mit dritten Personen abgemacht, nur mit dem Ausschußvermögen zu haften, so ist diesen das Vermögen pfandrechtlich verhaftet. Sie können sich nicht in Besitz desselben setzen, haben im Uebrigen die Rechte eines Pfandgläubigers.

2.

Kommt das Ausschußvermögen in andere Hände, so haften dem Dritten auch die neuen Besitzer mit demselben.

3.

Geht etwas vom Ausschußvermögen untrennbar in das Privatvermögen eines Mitgliedes über, so haftet dieses mit seinem ganzen Vermögen für die Verminderung. Wird das Vermögen schuldhaft vermindert, so haften für die Verminderung alle Mitglieder.

Dies wäre das Zukunftsrecht in großen Zügen. Ueber Mancherlei kann man zweifelhaft sein, z. B. über die Modalitäten des Rechtes auf Rechnungslage, Kontrole, Rückgabe des Ueberschusses u. s. w. Vielleicht wird man auch ein Pfandrecht der Hintermänner und Geber praktisch finden, ebenso bei Sammlungen zu Gunsten bestimmter Personen Anfall des Eigenthums an die Gesammtheit der Bedachten. In diesen Fragen hat subjektives Ermessen vielen Spielraum. Indeß scheint mir dies Alles weniger wichtig, als das Exekutionspfand überhaupt.

Es sei mir daher, weil mir sonst die Gelegenheit dazu fehlt, erlaubt, auch hierauf noch etwas einzugehen. Das Exekutionspfand an Mobilien (durchbricht die Exklusivität des Faustpfandes schon jetzt und) verdient im zukünftigen bürgerlichen Gesetzbuch noch weitere Durchführung. Gegen das obligatorische Faustpfand hat sich mit durchschlagenden Gründen ausgesprochen Leonhard in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes XXV. S. 177 ff. Er betont mit Recht die Zwangslage der Unbemittelten, welche entweder ihre Habe in ihrer Wirthschaft entbehren oder hohe Risikozinsen zahlen müssen. Der Bemittelte hat genügenden Personal- oder Immobiliarkredit und erhält zu mäßigen Zinsen sein Darlehn ohne wirthschaftliche Störungen. Im Faustpfand liegt also ein Stück sozialen Unrechtes. Andere, aufgeführt in der Zu-

Digitized by Google

sammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zum Entwurf bei dem Titel Pfandrecht, haben sich aus verwandten und anderen Gründen gegen das Faustpfand erklärt, z. B. weil der Gläubiger häufig nicht den Platz zum Aufbewahren der Pfandsachen hätte u. s. w.

Ein sehr gewichtiges Bedenken verdient noch besondere Hervorhebung. Die Thatfrage der Detention macht unter Umständen enorme Schwierigkeiten, wie R.G. I S. 352 beweist. In diesem Falle war es den Parteien nicht gelungen, trotz ihres besten Willens, eine genügende Detention des Gläubigers herzustellen, es wurde daher das so wichtige Pfandrecht an einem Waarenlager unmöglich gemacht. Solche Verlegenheiten sind nicht selten und beweisen, wie die vielen verschleierten Pfandverträge, daß das obligatorische Faustpfand unzulänglich ist. Andererseits kann ich auch dem reinen Vertragspfand nicht das Wort reden, noch weniger dem von Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 383, 388 f., und von Wernick, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 377 ff. vorgeschlagenen Registerpfand oder gar der gerichtlichen oder notariellen Abfassung des Pfandvertrages. Alle diese Vorschläge sind zu umständlich und kostspielig durchzuführen, als daß sie dem Kreditbedürfniß der kleinen Leute entgegenkommen. Alle Klippen werden m. E. vermieden durch das Vertragspfand am erkennbaren Sondergut und durch das Siegelpfand an allen Mobilien.

Das letztere ist im Pfändungspfand des Gerichtsvollziehers schon längst in lebendigem Gebrauch. Wo es irgend angängig ist, läßt der Gerichtsvollzieher das gesiegelte Pfand beim Schuldner zurück, und warum soll dasselbe nicht beim vertragsmäßigen Siegelpfand möglich sein? Ein Grund dagegen ist nicht abzusehen. Die Parteien erschaffen ein Pfandrecht durch Anlegung von etwa folgendem Siegel, das sie nach dem obenstehenden Formular ausfüllen.

Pfandsiegel

angelegt den . . . . . 18 . .
Schuld von . . . . . M. . . . ₰
nebst . . . % Zinsen vom . . . .
. . . . . 18 . . . . ist fällig
am . . . . . 18 . . .

. . . .

Schuldner. Gläubiger.

Digitized by Google

Das Pfandrecht erlischt durch ordnungsmäßige Entfernung des Siegels, kann jedoch gegen gutgläubige Erwerber nicht geltend gemacht werden. Gutgläubiger Erwerb ist allemal ausgeschlossen, sobald das Pfandsiegel noch existirt. Gegen kasuelle, nachlässige und böswillige Loslösung desselben kann sich der Gläubiger durch den Pfandschein schützen, von dem der Schuldner ein, der Gläubiger zwei Exemplare ausgestellt verlangen kann. Diese Scheine dienen mit ihren Angaben, wie auch die Angaben des Siegels, nur zum Beweis. Sie sind sozusagen Pfandprotokolle nach folgendem Muster:

Pfandschein

ausgestellt von A. B., Schuldner, dem C. D., Gläubiger, über die am . . . . . 18 . . . vorgenommene Verpfändung folgender Sachen des A. B.

Es sind verpfändet durch Anlegung von Siegeln

1. die auf dem Hofe befindliche Göpeldreschmaschine,
2. die in der nach Osten belegenenen Wohnstube befindlichen grünbezogenen Mobilien

u. s. w.

Die Schuld von . . . . . ℳ . . . ₰ nebst . . . . % Zinsen vom . . . . . 18 . . . ist fällig . . . . . 18 . . .

. . . .

Schuldner. Gläubiger.

Von den Pfandscheinen können Gläubiger und Schuldner zur Kontrole je einen behalten, den dritten kann der Gläubiger an öffentlicher Stelle deponiren, bei dem Dorfschulzen, Bürgermeister resp. am Sitze eines Amtsgerichts bei demselben. Die deponirten Pfandscheine bilden ein stets sich selber erneuerndes Pfandregister, das ausnahmslos mit der Pfandsache an demselben Orte sich befindet, daher jederzeit bequem einzusehen ist. Wer bei einer Verpfändung sich nicht das Register zeigen läßt, hat als bösgläubig zu gelten. Dasselbe gilt jedoch nicht beim Kauf von Mobilien, da

Digitized by Google

dieser an sich den Gedanken an die Möglichkeit früherer Verpfändung nicht nahelegt.

Die vorgedruckten Formulare werden diese Verpfändungsform mit Leichtigkeit einbürgern, dafür wird schon die Papier- und Druckerindustrie sorgen. Dieselbe hat durch die vorgedruckten Formulare das Mahnverfahren und den Wechsel bis zu den untersten Volksschichten gebracht, sie wird auch das Siegelpfand dem Publikum mundgerecht machen. Dies Verfahren ist einfach, bequem und billig, für 10 Pfennige Auslagen kann das gesammte Mobiliar des Schuldners verpfändet werden, indem zugleich den Anforderungen der Oeffentlichkeit völlig genügt wird. Daneben ist für alle Fälle das Faustpfand wenigstens zulässig. Sondergüter, z. B. separirte und inventarisirte Erbschaft, Ausschußvermögen, fortune de mer u. s. w., sobald sie äußerlich als solches erkennbar sind, stehen ohne Weiteres schon wegen dieses Umstandes im Pfandnexus. Jedoch hindert nichts, durch die Detention Dritter, z. B. Sequester, Depositare oder durch Pfandsiegel, das Pfandrecht noch deutlicher hervorzuheben. Nur das Faustpfand ist Besitz-, alles sonstige Exekutionspfand.

Das bürgerliche Gesetzbuch muß daher bei beschränkter Haftung das Ausschußvermögen als Sondergut anerkennen und die rein vertragsmäßige Verpfändung der Sondergüter in Verbindung mit der Aussetzung an Zahlungsstatt zulassen.*) Die Exekution braucht jedoch nicht nothwendig in allen Fällen eine gerichtliche zu sein. Bei einer Spezialverpfändung wenigstens kann man sie unter den nöthigen Sicherheitsmaßregeln dem Gläubiger überlassen. Was jedoch die Sondergüter anbetrifft, bleibt es wohl am besten beim Alten.

*) Im Zusammenhang mit den gemachten Vorschlägen weise ich noch auf die Möglichkeit hin, das constitutum possessorium durch eine Traditionsmarke erkennbar zu machen. Dadurch würde dasselbe m. E. völlig unbedenklich werden. Ebenso scheint mir das Prinzip der Register mit fliegenden, durch die Parteien ausgefüllten Blättern überhaupt auch sonst erwägenswerth, z. B. für das angestrebte Pfandrecht an ungetrennten Bodenerzeugnissen, Zusammenstellung III S. 375.

Digitized by Google

5.

Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts in systematischer Darstellung.

Von **Dr. Paul Oertmann.**

I.

Einer Anregung des Mitherausgebers dieser Zeitschrift, Herrn Professor Dr. Kohler, Folge leistend, beabsichtige ich, fortan in derselben in zwanglosen Zwischenräumen eine Uebersicht grundlegender neuerer Entscheidungen des Reichsgerichts civilrechtlichen Inhalts, angebrachten Falls mit kurzer kritischer Beleuchtung, in der Regel aber nur objektiv referirend, zu geben. Um die Darstellung nicht zu sehr zu belasten, beschränke ich mich zunächst auf den Stoff, welchen mir die „Entscheidungen des Reichsgerichts" und „Seufferts Archiv" darboten; von ersteren habe ich für meinen diesmaligen Aufsatz die Bände 27—29, von letzterem 46—47[1]) verwerthet. Für später bleibt vorbehalten, daneben noch auf Bolze, sowie das in „Gruchots Beiträgen", der „Juristischen Wochenschrift", den Beilagen des „Reichsanzeigers" und der Tagespresse enthaltene reiche Material einzugehen.

Inhaltlich habe ich mir für diesmal eine weitere Grenze dadurch gesteckt, daß ich nur auf die gemeinrechtlichen und mit dem Gemeinen Recht in Zusammenhang stehenden reichsrechtlichen Entscheidungen eingegangen bin. Die Darstellung der Entscheidungen aus dem Gebiete des anderweitigen modernen Reichsrechtes, also vornehmlich des Handels-, Wechsel-, Konkurs-, Versicherungs- und gewerblichen Arbeiterrechts, bleibt dem nächstfolgenden Aufsatz vorbehalten. Dort werden auch wichtigere partikularrechtliche Entscheidungen aus dem preußischen und französischen Civilrecht Berücksichtigung finden.

---

[1]) Bd. 48, der mir erst kurz vor Beendigung der Arbeit zuging, spare ich im Interesse wünschenswerther Kürze für den nächsten Aufsatz auf, ebenso Band 80 der „Entscheidungen".

Digitized by Google

Was die Darstellung anlangt, so gedenke ich den Stoff systematisch nach dem Vorbilde der gebräuchlichen Pandekteneintheilung zu gliedern.

I. Allgemeiner Theil.

1. Rechtsnormen.

Für die Lehre von den Rechtsnormen kommen nicht weniger als drei das Gewohnheitsrecht betreffende Entscheidungen in Betracht. Nach einem Erkenntniß vom 29. Juni 1891 (E.S. VI[2]) ist zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes erforderlich, daß eine bestimmte Rechtsnorm[3]) fortdauernd und gleichmäßig geübt sei.

> „Der innere Grund für die Entstehung des Gewohnheitsrechtes ist die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben und gleichmäßig befolgen, für ein gegebenes Verhältniß das aus den zwingenden Umständen geschöpfte — nothwendige — Recht ist."

Die gleichmäßige Uebung stelle sich daher nur als die Thätigkeit dar, durch welche jene innere Ueberzeugung in die äußere Erscheinung trete, der Satz als Rechtssatz erkennbar gemacht und verkörpert werde. Fehle jene Ueberzeugung, so können die äußerlich vorgenommenen Handlungen für sich allein nicht zu einem Gewohnheitsrecht führen.

Somit hat das Reichsgericht sich einfach der bekannten, zur Zeit herrschenden Theorie vom Gewohnheitsrechte angeschlossen; seine Begründung[4]) bleibt danach allen den Einwürfen ausgesetzt, die in neuerer Zeit E. Zitelmann[5]) jener mit so großem Erfolg entgegengehalten hat. Wenn die Geltung des Gewohnheitsrechtes ausschließlich von einer Ueberzeugung abhängen soll, so ist dagegen zu bemerken, daß eine innere, ihrem Begriff nach bloß theoretische Ueberzeugung kein Handeln bewirkt und als internes und daher unbestimmbares Moment nimmermehr den genügenden Grund für einen Rechtssatz abgeben kann. Dazu gehört eine andere psychische Grundkraft — der Wille, mittels dessen der Mensch, und wie er, die organische Kollektivpersönlichkeit, das Volk, handelnd in die Außenwelt eingreift. Und so ist es denn auch kein

[2]) Seuffert Bd. 47 Nr. 89 S. 130.

[3]) Soll wohl heißen: „ein Satz als Rechtsnorm", denn er soll ja erst durch die Uebung Rechtsnorm werden.

[4]) Nicht das Resultat — daß die bloße Uebung als solche kein Recht schafft, darüber sind wohl Alle einig.

[5]) Archiv f. civ. Pr. Bd. 66 S. 323 ff.

Digitized by Google

Wunder, daß es dem Reichsgericht nicht gelingen konnte, das Verhältniß des inneren Momentes der Ueberzeugung zu dem äußeren der Uebung klarzustellen. Im einen Satze erscheint ihm die Ueberzeugung als eine solche von der Rechtsnatur des Geübten — tritt also nur zur Uebung hinzu, ist eine Qualität derselben, im anderen fungirt sie als ihr Grund, während jene nur gewissermaßen ihr Sprachrohr ist. Solche Widersprüche sind für die gebräuchliche dualistische Auffassung des Gewohnheitsrechts, welche das innere und äußere Geltungsmoment desselben trennt, unvermeidlich; beseitigt werden sie nur durch eine monistische Auffassung, welche den Willen (die Ueberzeugung) und die Uebung identifizirt, so daß sie nur als äußere und innere Seite derselben Sache von einander geschieden sind. Das Gewohnheitsrecht gilt nur, weil es geübt wird — darin hat Zitelmanns skeptische Auffassung Recht, aber dadurch, daß es als Recht geübt wird, erweist es sich ipso facto als vom Volke gewollt.

Ueber die Erfordernisse der Uebung verbreitet sich ein Urtheil des Civilsenats III vom 14. Juli 1891:[6])

> „Es darf nicht für alle Fälle eine langjährige Dauer der Uebung erfordert werden; es ist vielmehr je nach der Sachlage die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine neuere Rechtsüberzeugung in einer wenige Jahre, also immerhin längere Zeit, dauernden Uebung überzeugenden Ausdruck gefunden hat."

Die beachtenswertheste, hierher gehörige Entscheidung ist von demselben Senat am 5. Mai 1891 gefällt worden in Betreff des Beweises des Gewohnheitsrechts.[7])

> „Das erkennende Gericht hat nach §. 265 C.-P.-O. von Amtswegen zu prüfen, ob die Existenz und der Inhalt des streitigen Satzes des Gewohnheitsrechtes nicht aus anderen Erkenntnißquellen ermittelt und festgestellt werden könne, wenn die Beweisanträge der Parteien in dieser Richtung nicht unbedingt genügen, und dasselbe darf nicht jede Ermittelung und Mitwirkung zur Feststellung des streitigen Gewohnheitsrechtes aus dem Grunde ablehnen, weil gegen die Schlüssigkeit der Beweisantretung einer Partei Bedenken bestehen.[8]) Auch sind in dieser Richtung die Anträge beider Parteien zu berücksichtigen, ohne Rücksicht darauf, ob die eine oder die andere derselben die Beweislast trifft."

[6]) Seuffert 47, Nr. 90 S. 131.
[7]) Seuffert das. Nr. 1 S. 1.
[8]) cf. Entsch. d. R.-G. Bd. 21 S. 177.

Digitized by Google

Wir halten diese Auffassung des vielberufenen §. 265, wonach zwischen dem Beweise von Gewohnheitsrecht und dem von Thatsachen fundamentale Unterschiede bestehen, für die vollkommen richtige, wogegen die dort kritisirte Auffassung des Oberlandesgerichtes äußerst formalistisch erscheint.

2. Internationales Privatrecht.

Sehr zahlreich sind die Entscheidungen aus dem Gebiete des internationalen Privatrechts, ein neuer Beweis für die praktische Wichtigkeit wie die rechtliche Schwierigkeit und Streitigkeit dieser von den positiven Gesetzgebungen arg vernachlässigten Materie!

Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zu Rechtsgeschäften wird der bemerkenswerthe Grundsatz ausgesprochen,[9]) daß für die Beurtheilung der sachlichen Bedeutung einer von Jemandem nach erlangter Volljährigkeit mit Bezug auf ein an einem bestimmten Orte zu erfüllendes Rechtsgeschäft dort abgegebenen Willenserklärung das Recht des Erfüllungsortes maßgebend sei, nicht das die Handlungsfähigkeit während der minor aetas bestimmende Recht des Domiziles. Wir halten diese Entscheidung für sehr anfechtbar — handelt es sich doch in solchem Falle nicht um Wirkungen eines Rechtsaktes, sondern um Voraussetzungen eines solchen, hinsichtlich deren nach der vorherrschenden und unseres Erachtens zweifellos richtigen Anschauung das Gesetz des (zeitigen) Domizils entscheidend ist.

Beifallswürdiger ist der in der Entscheidung vom 2. November 1891 durch Civilsenat VI[10]) ausgesprochene Grundsatz, daß für alle Ansprüche aus einem staatlichen Beamtenverhältniß „ohne Zweifel" in materieller Beziehung jedenfalls das Recht des betreffenden Staates zu Grunde zu legen sei.

Speziell für den Versicherungsvertrag[11]) ist vom Civilsenat III anerkannt worden, daß sich sein Rechtsbestand mangels entgegenstehender, am Prozeßort etwa geltender, besonderer gesetzlicher Vorschriften nach den Gesetzen des Wohnortes des Versicherten richte, der zugleich für diesen der Erfüllungsort sei. Dies namentlich, wenn an diesem Orte durch den Agenten der Abschluß des Vertrages vermittelt wurde, von hier die Offerte an die Gesellschaft abging, hierhin die Police gesandt wurde, hier endlich die versicherten Gegenstände sich befanden.

---

[9]) Entsch. Bd. 29 Nr. 34 S. 137, C.-S. III vom 24. Mai 1892.
[10]) Entsch. Bd. 28 Nr. 35 S. 157.
[11]) Seuffert Bd. 47 Nr. 2 S. 3, Entsch. v. 13. Februar 1891.

Digitized by Google

Vielleicht die interessanteste Entscheidung auf dem hier in Rede stehenden Gebiete hatte der erste Civilsenat vom 25. Juni 1892 / 9. Juli 1892 zu fällen Gelegenheit.[12]) Im Hafen von Reval war durch Schuld des Zwangslootsen durch ein englisches Schiff ein Zusammenstoß herbeigeführt, wegen dessen die Beklagten als Bürgen des Rheders dieses Schiffes in Anspruch genommen wurden.

α) Hier wurde im Gegensatz zum Berufungsgericht Hamburg zuvörderst angenommen, es sei für die Frage, ob der Rheder aus dem durch Verschulden seines Zwangslootsen angerichteten Schaden hafte, nicht das Recht des Heimathafens, sondern das (die Frage bejahende) russische Recht als Recht des Thatortes anzuwenden. Dies, obwohl nicht der Rheder bezw. seine Bürgen, sondern der Lootse das Delikt begangen habe.

Und zwar unseres Erachtens sehr mit Recht: denn es handelt sich offensichtlich um eine Deliktsobligation, die ohne Rücksicht auf den Wohnort des Haftenden nach dem Gesetze des locus delicti commissi zu beurtheilen ist. Daß in diesem Falle anstatt des eigentlichen Thäters ein Anderer haftet, macht nur für die subjektive Beziehung, nicht für die Qualität des Anspruches einen Unterschied. Niemand wird behaupten wollen, daß die römischen Noxalklagen keinen deliktischen Charakter gehabt hätten — und doch haftete auch bei ihnen statt des „noxium caput" der Herr oder Hausvater! So hatte sich denn auch die im gedachten Urtheile angeführte frühere Praxis vorwiegend in diesem Sinne entschieden.

β) Aber trotzdem soll im vorliegenden Fall das russische Recht doch nicht der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Denn der deutsche Gesetzgeber stehe auf dem Standpunkt, daß ein Schaden niemals wegen Handlungen eines Zwangslootsen, auf dessen Auswahl er keinen Einfluß habe, in Anspruch genommen werden solle.

> „Die deutschen Gerichte sind deshalb nicht in der Lage, einen von dem deutschen Gesetze für ungerecht und verwerflich erachteten Anspruch zuzusprechen und demselben Schutz zu gewähren, selbst wenn die Gesetze des Heimathafens einen solchen Anspruch zugeständen."

In diesen Zusammenhang gehört auch die bei Seuffert Bd. 47 Nr. 3 S. 4 abgedruckte Entscheidung des Civilsenats VI vom 20. April 1891. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen ungerechtfertigten Arrestes ist nach dem Orte der Anordnung, nicht nach dem der Vollstreckung zu beurtheilen. Dies, obwohl ein großer Theil der Schäden

[12]) Entsch. Bd. 29 Nr. 25 S. 90.

Digitized by Google

weniger durch die Anordnung, als die Vollstreckung des Arrestes bewirkt werde. Denn die Vollstreckung des einmal verfügten Arrestes sei stets rechtmäßig und zugleich die nothwendige (?) Folge der Arrestanordnung, wenn letztere überhaupt praktische Bedeutung gewinnen wolle. Auch sei nur bei dieser Annahme eine einheitliche Regelung der Haftung denkbar, da die Vollziehung des Arrestes sehr leicht in verschiedenen Rechtsgebieten vorgenommen werden könne.

Eine interessante Frage des internationalen Privatrechts wird in dem Urtheil des Civilsenats IV vom 26. Februar 1891 erörtert:[13]) ob nämlich die von deutschen Reichsangehörigen oder Schutzgenossen in der Türkei geschlossenen Ehen der standesamtlichen Eingehungsform zur Anerkennung ihrer Rechtsgültigkeit bedürften. Es könne zweifelhaft erscheinen, meint der Senat, inwieweit der allgemeine Satz „locus regit actum" durch das Gesetz vom 4. Mai 1870 und das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, wonach einem diplomatischen Vertreter des Reiches oder einem Reichskonsul die Ermächtigung zur Vornahme gültiger Eheschließungen ertheilt werden kann, so daß die Ehe durch den Abschluß vor dem Beamten Gültigkeit erlangt, abgeändert worden sei. Es sei nun aber anzunehmen, daß mit dieser Bestimmung nicht eine ausschließliche Form geschaffen, sondern nur eine fakultative Ermächtigung neben der landesüblichen Eheschließungsform für die in Frage kommenden Personenklassen geschaffen worden sei. Dies sei vor Allem daraus zu folgern, daß die gegentheilige Ansicht

> „zur Verwirklichung die Durchführung standesamtlicher Einrichtungen in den Konsularbezirken voraussetzen würde, für welche keine gesetzliche Fürsorge getroffen ist".

Hänge doch zur Zeit die Befugniß der einzelnen Konsuln u. s. w. von besonderer Ermächtigung ab.

In anderem Sinne könnten die vorgedachten Gesetze nicht verstanden werden; der §. 8 insbesondere handele nur von dem Zeitpunkt, nicht von den Voraussetzungen des Eintrittes der Gültigkeit bei derartigen Ehen.

Eine letzte Entscheidung betrifft das Erbrecht.[14]) Nach ihr bestimmt sich nur die Form des letzten Willens nach den Gesetzen des Ortes, an dem die Verfügung errichtet wurde. Für den Inhalt des Testaments, insbesondere die gesetzliche Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben, ist das Recht des Wohnsitzes des Erblassers maßgebend. Mit diesem Wohn-

[13]) Entsch. Bd. 27 Nr. 24 S. 100.

[14]) Seuffert Bd. 46 Nr. 267 S. 418, Entsch. v. 9. März 1891, E.-S. VI.

Digitized by Google

ort ändert sich nicht nur die Intestaterbfolge derart, daß der Erblasser nach dem Rechte seines letzten Wohnorts beerbt wird, sondern die Gesetze des letzteren sind auch bei der testamentarischen Erbfolge für die Beurtheilung der Gültigkeit des letzten Willens, sowohl in Bezug auf seine Zulässigkeit überhaupt, als auf seinen materiellen Inhalt, anwendbar. So insbesondere auch bezüglich der Frage, ob der coniux binubus in letztwilligen Zuwendungen an den zweiten Ehegatten beschränkt ist.

3. Rechtssubjekt.

Aus der Lehre von den Rechtssubjekten kommen nur zwei Entscheidungen in Betracht. Die eine, äußerst wichtige, erkennt ein ausschließliches, mit absoluter Wirkung ausgestattetes Namensrecht an.[15]) Seine Bestimmung, den Träger als Einzelperson von andern zu unterscheiden und ihn zugleich als Mitglied einer gewissen Familie äußerlich zu kennzeichnen, könne der Familienname nur erfüllen, wenn das Recht[16]) auf denselben gegen Verletzungen und unbefugte Eingriffe von Seiten der außerhalb der Familie stehenden Personen geschützt sei.

Danach müsse man aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen trotz mangelnder ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ein Klagerecht gegen dritte unbefugte Führer des Namens folgern,

> „wenigstens dann, wenn in concreto die unbefugte Führung des Namens objektiv geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zu der Familie, welche den Namen führt, zu erregen".

Diese Voraussetzung werde bei sehr verbreiteten Familiennamen nicht leicht, bei seltenen dagegen häufig eintreten. Sei sie vorhanden, so habe der Regel nach jedes einzelne Familienglied das Recht der Abwehr solchen Eingriffes.

Wie dies Recht zu konstruiren sei, ob es sich etwa als eine Art „Eigenthum am Namen" qualifizire, läßt das Reichsgericht dahingestellt; jedenfalls fehle dem Namensrecht die — sonst im Eigenthum liegende — Befugniß, den Namen zu veräußern oder sonst darüber zu verfügen. Denn der Erwerb des Familiennamens, so wird ausgeführt, vollzieht sich nach gemeinem deutschen Recht als unmittelbare Folge bestimmter Ereignisse, welche eine Familienzugehörigkeit begründen, namentlich der Geburt, der Verehelichung, der Anerkennung, der Legitimation, der Annahme an Kindesstatt. Der so erworbene Familienname haftet an der Person

[15]) Entsch. Bd. 29 Nr. 32 S. 124, Urtheil vom 11. April 1892, C.-S. VI.

[16]) Richtiger: „Die Befugniß zur Führung". Denn ein subjektives Recht setzt ja den Rechtsschutz schon voraus, der hier erst gefolgert werden soll.

Digitized by Google

des Berechtigten und kann von diesem weder unter Lebenden noch von Todeswegen durch Rechtsgeschäfte auf einen Andern übertragen werden. Dies insbesondere auch nicht durch Rechtsgeschäfte, welche nur die Simulation einer — an sich sonst freilich vollgültigen — Arrogation oder Adoption enthalten, in Wahrheit aber nur auf die bloße Uebertragung des Namens hinauslaufen. Auch der Umstand, daß Jemand den fremden, unbefugten Namen dem seinigen bloß beifügt, macht den Thatbestand der Rechtsverletzung des fremden Namensrechtes nicht ohne Weiteres ungeschehen.[17] [18]

Die zweite Entscheidung bezieht sich auf den Wohnsitz. Der gemeinrechtliche Begriff des domicilium soll nicht immer da ohne Weiteres angewendet werden können, wo spezielle Gesetze von „Wohnsitz" sprechen. So, wenn das Gesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 anordne, es solle unter Wohnsitz nur das Verhältniß verstanden sein, daß Jemand an dem betreffenden Orte eine Wohnung unter Umständen inne habe, welche auf die Absicht der dauernden Beibehaltung schließen lasse. Dieser „Begriff falle aber mit dem gemeinrechtlichen Domizilbegriff keineswegs zusammen". Und auch, soweit nach gemeinrechtlicher Auffassung ein domicilium necessarium begründet sei, trete hierin keine Aenderung ein.[19]

4. Rechtsobjekt.

Zahlreichere Entscheidungen finden wir bezüglich der Lehre von den Rechtsobjekten, den Sachen. Ueber den Begriff der Pertinenzen äußert sich ein Urtheil des Civilsenats VI vom 11. Juli 1891.[20] „Nach gemeinem deutschen Recht können auch Sachen verschiedener Eigenthümer zu einander in dem Verhältniß von Hauptsache und Zubehör stehen." Dies ist gewiß richtig. Wenn aber das Reichsgericht dies daraus abzuleiten versucht, daß

> „nach der richtigen und heutzutage wohl allgemein angenommenen (?) Ansicht die Bedeutung des Begriffes der Zubehörung nur diejenige einer Auslegungsregel für Verträge der verschiedensten Art und für andere Willenserklärungen sei, und daß

[17] Vergl. dazu Kohler, Recht des Markenschutzes S. 14 ff.

[18] Bekanntlich hat inzwischen die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches in den neuen §. 22 das Namensrecht gleichfalls aufgenommen; s. dazu Reatz, die zweite Lesung des Entwurfes. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1892, I, S. 13 Nr. 1.

[19] Entsch. Bd. 29 Nr. 8 S. 23, Entsch. v. 10. März 1892 C.-S. VI.

[20] Entsch. Bd. 28. Nr. 32 S. 146.

Digitized by Google

deshalb (?) die Frage des Eigenthums einflußlos bleiben müsse, indem ja auch über fremde Sachen gültig kontrahirt werden könne,"

so vermögen wir weder die Prämisse noch die Schlüssigkeit der daraus gezogenen Folgerung zu billigen. Allerdings wird man den Begriff der Pertinenzen ganz besonders bei der Auslegung der Willenserklärungen heranzuziehen haben, indem im Zweifel anzunehmen ist, daß der Dispositionsakt über eine Hauptsache auch alle diejenigen Stücke mitumfasse, welche zu ihr in einem thatsächlichen Abhängigkeitsverhältniß standen, ihr gewissermaßen wirthschaftlich dienten. Aber daß man den Willen so auffassen muß, dazu bestimmt uns doch gerade die objektive Sachlage, und von ihr wird man zur Feststellung des Pertinenzbegriffes auszugehen haben. Wie wenig es mit der Willensauslegung allein gethan ist, beweisen die zahlreichen Fälle, in denen über die Pertinenzqualität zu entscheiden ist, ohne daß ein menschlicher Wille bei der „Rechtsänderung" das entscheidende Wort spräche — so beim gesetzlichen Pfandrecht, der Subhastation, der Ersitzung. „Nicht die Willkür des Einzelnen", sagt treffend Kohler,[21]) „sondern allgemeine Kulturzwecke sind die Schöpfer der Pertinenzprinzipien."

Aber nehmen wir die Lehre des Reichsgerichtes einmal als richtig an, so ist uns unverständlich, wieso gerade daraus folgen soll, daß auch Sachen verschiedener Eigenthümer im Verhältniß von Haupt- und Nebensache stehen können. Denn der die Pertinenzqualität angeblich schaffende Wille könnte doch nur der des dominus der ersteren sein; wieso dieser aber mit dinglicher Wirkung über fremde Sachen solle disponiren können, ist nicht abzusehen. Viel weniger Schwierigkeiten würde die Bejahung der Streitfrage von unserem Standpunkt aus machen — denn die maßgebende objektive Zweckbestimmung einer Sache wird dadurch keine andere, daß diese dem einen oder aber dem anderen gehört.[22])

---

[21]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 26 S. 7, 41. Mit Unrecht wirft ihm das Reichsgericht „Unklarheit" vor.

[22]) Ich schließe hier folgende Bemerkung an: Die verfehlte Argumentation des Reichsgerichts beruht auf unrichtiger Basis. Zwei Fragen sind auseinanderzuhalten: 1. Kann eine fremde d. h. eine dem Eigenthümer der Hauptsache nicht angehörige Sache Pertinenz werden? Darauf habe ich in meinem citirten Aufsatze S. 69 geantwortet, das sei dann möglich, wenn der Eigenthümer der Hauptsache an der Hülfssache Besitz hat und zwar possessio ad usucapionem. Eine ganz andere Frage ist die: 2. Hört die Pertinenzeigenschaft auf, wenn der Eigenthümer des Ganzen die Hülfssache veräußert und die Hauptsache behält, oder die Hauptsache veräußert und die Hülfssache behält und dadurch einen Eigen-

Digitized by Google

Billigenswerth ist es andererseits, wenn das Reichsgericht eine bewegliche Sache nicht schon dadurch die Eigenschaft eines Zubehörs des Grundstückes verlieren läßt, daß sie von dort zur Aufbewahrung auf ein nahe gelegenes anderes Grundstück, welches seinerseits den Zwecken des Hauptgrundstückes zu dienen bestimmt sei, verbracht werde.

Dasselbe gilt von der Entscheidung des Civilsenats III vom 15. Dezember 1891.[22a]) Danach reicht die gemeinschaftliche Zweckbestimmung nach gemeinem Recht zur Begründung des Pertinenzverhältnisses nicht aus. Man kann daher noch nicht von Pertinenzen reden, wenn Maschinen in beliebigen anderen Räumen Verwendung finden können und nicht nach der Individualität des fraglichen Gebäudes, sondern mit Rücksicht auf den vom Besitzer derzeit für zweckdienlich erachteten Betrieb ausgewählt worden sind.

Zwei weitere Urtheile beziehen sich auf die öffentlichen Flüsse In dem einen vom 10. Mai 1892, Civilsenat III,[23]) wird festgestellt, daß, wenn es sich in einem Prozesse um Theilung der Gebrauchsrechte an öffentlichen Flüssen bei Konflikten zwischen Industrie und Landwirthschaft handle, der Richter den Beklagten nicht nur verurtheilen dürfe auf Vermeidung „schädlicher" Zuführungen, so daß die Frage, was als schädlich verboten sei, zunächst in das Ermessen der Parteien gestellt bleibe; vielmehr müsse die erforderliche Auseinandersetzung und Maßbestimmung im Urtheil selbst vorgenommen werden, eventuell vermittelst Anwendung des richterlichen Fragerechts.

Vor demselben dritten Civilsenat ist unter dem 4. Dezember 1891 eine andere, zwar nicht im Resultat, aber in der Begründung anfechtbare Entscheidung getroffen.[24])

---

thumszwiespalt erregt? Diese wesentlich verschiedene Frage — es ist doch eine andere Frage, ob eine fremde Sache Pertinenz werde, oder ob eine Sache, nachdem sie zu fremder gemacht ist, Pertinenz bleiben kann — diese Frage habe ich a. a. O. S. 100 ff. dahin gelöst, daß eine solche Trennung die Pertinenzeigenschaft aufhebe, daß es sich allerdings im Preußischen Recht anders verhalte und daß sich legislativ eine Entscheidung empfehle, wornach trotz Zweiung des Eigenthums die Pertinenzeigenschaft (und damit die Pertinenzhypothek) solange bestehen bleibt, als die faktische Verbindung zwischen Haupt- und Hülfssache noch nicht gelöst ist. Beide Fragen werden von der genannten Entscheidung nicht auseinander gehalten, und hierbei nimmt die Entscheidung XXVIII S. 149 an, ich hätte mich unklar über die Frage geäußert! Dagegen muß ich mich verwahren. Kohler.

[22a]) Seuffert Bd. 47 Nr. 181 S. 263.

[23]) Entsch. Bd. 29 Nr. 37 S. 144.

[24]) Seuffert Bd. 47 Nr. 180 S. 262.

Digitized by Google

„In der gemeinrechtlichen Doktrin kommen nur vereinzelte Behauptungen vor, daß die dem gemeinen Gebrauch gewidmeten Sachen in dem Eigenthum derjenigen Gemeinwesen ständen, deren Zwecken sie dienen, Behauptungen, welche durch den Zweifel veranlaßt werden, ob man eine Sache, die doch unter menschlicher Herrschaft steht, als Niemand gehörig bezeichnen könne."

Wir stehen nicht an, diese Behauptung angesichts der an Einstimmigkeit grenzenden Mehrheit der modernen Theorie,[25]) die dem Staate bezw. den Kommunen ein Eigenthum an den res publicae zubilligt, für einigermaßen auffällig zu bezeichnen. Daß

„die im Interesse des Gemeingebrauches getroffenen Verfügungen durch ein staatliches Hoheitsrecht gerechtfertigt und erklärt werden",

ist einfach falsch — ein publizistisches Hoheitsrecht wird man dem Staat an allen in seinem Territorium liegenden Grundstücken zuschreiben dürfen (daher das Grundbesteuerungsrecht!) — woher also dort das unleugbar vorhandene Plus von Befugnissen? Es kommt hinzu, daß der Gemeingebrauch keineswegs nothwendig alle von der Sache abgeworfenen Nutzungen unterschiedslos ergreift; woher erklärt sich nach der gegnerischen Ansicht das Recht der Kommunen, den Graswuchs der öffentlichen Wiesen zu verkaufen oder zu verpachten, den Holzertrag des städtischen Parkes zu verwerthen? Anders freilich bei öffentlichen Flüssen, um die es sich in der in Frage kommenden Entscheidung zunächst handelte — sie entziehen sich der natürlichen Sachlage und Gestaltung nach der Beherrschung durch einen Einzelnen, sind also „naturali ratione omnium communes", während die anderen res publicae an sich, vermöge ihrer körperlichen Beschaffenheit, sehr wohl im gewöhnlichen Privateigenthum stehen könnten. Wenn der Staat auch an ihnen nach deutschem Recht besondere Nutzungsrechte in Anspruch nimmt, so beruht das auf einem besonderen, ihm durch die historische Entwicklung erwachsenen Regal.

5. Rechtserwerb.

Weit zahlreicher sind die in die Lehre vom Rechtserwerb einschlagenden Entscheidungen. Der Civilsenat III beschäftigte sich im Urtheil vom 12. Mai 1891[26]) mit der rückwirkenden Kraft der Bestäti-

[25]) cf. die Uebersicht bei Windscheid I. Bd. § 146 N. 17.

[26]) Entsch. Bd. 27 Nr. 39 S. 161. — Man beachte in dieser nicht unbedenklichen Entscheidung die genaue Anlehnung an den Gedankengang bei Windscheid I. §. 83 Nr. 10, eine Anlehnung, wie sie für zahllose Entscheidungen des Reichsgerichts geradezu charakteristisch ist.

Digitized by Google

gung von Rechtsgeschäften. Nach der Logik sei die rückwirkende Kraft der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes zu verneinen. Der erkennende Senat nimmt aber an, daß das positive Recht durch die in l. 25 Cod. V, 16 getroffenen Bestimmungen die Rechtskonsequenz durchbrochen und mit den Ausnahmen, welche sich theils aus l. 25 cit., theils aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergäben, die rückwirkende Kraft der Genehmigung nichtiger Rechtsgeschäfte anerkannt habe. Von dieser Auffassung aus sei das Zahlungsversprechen des Beklagten durch die nach Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit angeblich ausgesprochene Anerkennung von Anfang an gültig geworden, und dadurch haben auch die inzwischen erfolgten Cessionen des Klägers an Dritte rückwirkende Gültigkeit erlangt.

Auf die stillschweigende Willenserklärung bezieht sich das bei Seuffert Bd. 47 Nr. 17 S. 29 abgedruckte Erkenntniß des Civilsenats III vom 16. Mai 1890. Wer im Einverständniß mit den andern Kontrahenten beim Abschluß eines Vertrages handelnd auftrat, die Zustimmung zu dem Vertrage erklärte und die Urkunde unterzeichnete, betheiligt sich als Mitkontrahent. Dies selbst dann, wenn das Geschäft Kauf, der Betreffende aber weder Käufer noch Verkäufer, sondern nur an dem Kaufgrundstück als Nießbraucher oder Auszügler dinglich berechtigt war.

In einem andern Erkenntniß (d. d. 13. März 1891) verbreitet sich der dritte Civilsenat über die Auslegung der Verträge:[27])

> „Die Abrede, daß der Schuldner zahlen solle, sobald es ihm in seinem Geschäft möglich sei", ist keineswegs identisch mit der Uebereinkunft, daß der Schuldner „in mäßigen Zeiträumen" zahlen solle. Während letztere mit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners an und für sich nichts zu thun hat, bezieht sich die erstere gerade auf die Geschäftsverhältnisse des Schuldners und kann, wie überhaupt, so auch im vorliegenden Fall, nur den Sinn haben, daß in Bezug auf den Eintritt und den Umfang der Verpflichtung des Schuldners zur Rückerstattung empfangener Darlehen ꝛc. billige Rücksicht auf dessen Geschäftsverhältnisse genommen und die Ausübung der dem Gläubiger zustehenden Rechte nicht zur Herbeiführung des finanziellen Ruins des Schuldners benutzt werden solle."

Gewiß billigenswerth ist der bei Seuffert Bd. 46 Nr. 247 S. 388 (Entsch. des Civilsenats VI vom 2. Februar 1891) aufgestellte Grundsatz,

---

[27]) Seuffert Bd. 47 Nr. 100 S. 146.

Digitized by Google

daß die Anfechtung eines simulirten Rechtsgeschäftes nicht Jedermann, sondern nur Demjenigen gestattet sein könne, der ein eigenes wirkliches Interesse bei der Anfechtung habe.

Mehrfach wurden Fragen aus der Lehre von der Stellvertretung erörtert. Wenn Jemandem in einer Vollmacht, so heißt es bei Seuffert Bd. 47 Nr. 106 S. 156,[28]) in unbeschränkter Weise die Befugniß eingeräumt ist, über die Substanz des Vermögens zu verfügen, so kann er im Zweifel auch Bürgschafts-Verbindlichkeiten, selbst wenn auf sie nicht speziell hingewiesen war, ohne Rücksicht auf das Interesse des Vertretenen übernehmen.

Ein falsus procurator soll, wenigstens für das Gebiet des Handelsrechtes wegen Artikel 283, 55, 298, nicht nur für das negative Vertragsinteresse, sondern auf Erfüllung haften.

> „Nicht dafür, daß der Vertrag abgeschlossen worden war, hat der angeblich Bevollmächtigte Schadenersatz zu leisten, sondern dafür, daß der Vertrag nicht so, wie er geschlossen ist, zur Erfüllung kommt.“[29])

Wir halten die Berufung auf Art. 283 für wenig glücklich. Hier steht doch nur ausgesprochen, daß, wer Schadenersatz zu fordern habe, die Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinnes verlangen könne. Nun ist aber gar nicht die Frage der Anrechnung oder Nichtanrechnung des lucrum cessans das unterscheidende Merkmal zwischen dem Anspruch auf das positive oder negative Interesse; vielmehr kann sich auch das letztere auf jenes erstrecken, wenn, was freilich nur ziemlich selten eintreffen wird, gerade durch den Eintritt in die nicht zum Ziele führenden Verhandlungen eine anderweitige, mehr oder weniger sichere Gewinnchance vereitelt ist.[30]) So, wenn ich die bereits abgesandte Acceptation einer anderweitigen günstigen Kaufofferte nunmehr telegraphisch widerrufe. Die für die Berechnung des Schadensersatzes anzuwendenden Grundsätze sind in beiden Fällen dieselben, verschieden ist nur der Grund des Anspruches und der Charakter des entstandenen Schadens.

Will man also dem falsus procurator die volle Haftung auf Erfüllung auflegen, so muß man sich dafür nicht auf jene allgemeine Bestimmung, sondern für das Handelsrecht nur auf die speziellen Anordnungen der Art. 55 und 298 berufen. Für das gemeine Recht ist damit aber noch nicht das Mindeste bewiesen. Allerdings meint das die zweite

---

[28]) Entsch. vom 1. Mai 1891, C.-S. III.

[29]) Bd. 47 Nr. 134 S. 198, Entsch. vom 19. September 1891, C.-S. I.

[30]) cf. Jhering Jahrb. Bd. IV S. 21.

Digitized by Google

hierher gehörige Entscheidung.[31]) Sie hält nämlich den Rechtsgrund dieser Haftung nach dem gemeinen preußischen und Handelsrecht für identisch. Er beruht darauf,

> „daß Jemand als Bevollmächtigter ohne eine ihn zum Vertragsabschluß ermächtigende Vollmacht kontrahirt".

Das Moment des Verschuldens komme nicht in Betracht, und der Anspruch gegen den falsus procurator könne nicht als Deliktsobligation aufgefaßt werden. Das dürfte zum Mindesten nicht unbedenklich sein. Selbst wenn es, was hier nicht untersucht werden kann, übrigens u. E. mindestens zweifelhaft ist, nach den positiven Bestimmungen des H.-G.-B. auf das Wissen des procurator um den Mangel seiner Vollmacht nicht ankäme, so braucht der Anspruch darum doch noch kein vertragsmäßiger zu sein — das Gesetz hätte durch seine positive Bestimmung dann nur die Folgen eines Vertrages an einen außerkontraktlichen Thatbestand geknüpft. Mangels solcher Bestimmung wird nun ein solcher Anspruch auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze schwerlich begründet werden können, und es ist daher für das gemeine Recht wenigstens die Haftung des falsus procurator einmal von dem Wissen oder doch Wissenmüssen desselben von seinem Vertretungsmangel abhängig, dann aber in ihrem Umfang auf den Ersatz des negativen Interesses beschränkt. Man denke: Jemand ist in einem Testamente zum Testamentsvollstrecker eingesetzt und nimmt optima fide Verfügungshandlungen über den Nachlaß vor — plötzlich stellt sich heraus, daß der anscheinend vernünftige Testator zur Zeit der Errichtung der Verfügung geisteskrank oder ein interdizirter Verschwender war (l. 18 §. 1 D. XXVIII, 1); daß ein späteres Testament neu aufgefunden wird: soll hier überall der „falsus procurator" haften, und gar auf Erfüllung haften? Unmöglich kann das als recht und billig angesehen werden! Ebensowenig läßt sich dafür theoretisch eine vernünftige Handhabe finden; der von Manchen zu Hülfe genommene „Garantievertrag" beruht doch auf reinen Fiktionen und entbehrt in der Praxis in 99 von 100 Fällen jeglichen Anhalts an den realen Vorgang beim Geschäft. Wer als Vertreter handelt, der handelt nach dem Prinzip der direkten Stellvertretung eben nicht qua sua persona, sondern als der Vertretene — wie soll er da in einer Eigenschaft haften, in der er garnicht gehandelt hat?

Ueber die Beweislast bei der Bedingung wird sehr richtig gesagt:[32])

---

[31]) Seuffert Bd. 46 Nr. 93 S. 149; Entsch. vom 3. Oktober 1890, C.-S. III.

[32]) Entsch. Bd. 28 Nr. 31 S. 145; Entsch. des C.-S. III vom 16. Juni 1891.

Digitized by Google

„Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hat der Beklagte, wenn er behauptet, daß dem Vertrage, aus welchem er belangt worden ist, eine bereits eingetretene auflösende Bedingung hinzugefügt worden ist, dies zu beweisen."

Hindere doch eine solche Bedingung nicht die sofortige Wirksamkeit des Vertrages, sondern mache nur die Aufhebung des Rechtsverhältnisses abhängig vom Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses.

In einer andern Entscheidung heißt es:[33]) Wenn der Beklagte sich auf einen bei der Verpachtung gemachten Vorbehalt berufe, so behaupte er eine für einen bestimmten Fall getroffene Vereinbarung über die Wiederaufhebung des Pachtvertrages. Diese Vereinbarung sei eine Nebenabrede, für welche der Beklagte ebenso beweispflichtig sei, wie für eine behauptete lex commissoria, in diem addictio etc. Dies alles natürlich nur, wenn der Abschluß des Hauptvertrages bewiesen oder zugestanden sei.

Endlich ist hier einer Entscheidung des Civilsenats III vom 28. November 1890, welche sich mit den Privilegien beschäftigt,[34]) zu gedenken. Die rechtliche Möglichkeit der Umwandlung eines unwiderruflichen Privilegs in ein widerrufliches sei nicht zu bezweifeln. Der Grundsatz nämlich, daß wohlerworbene Rechte nur gegen Entschädigung aufgehoben werden können, ist nach dem Reichsgericht nur als eine Norm aufzufassen, welche bei der Gesetzgebung beobachtet werden soll. Sobald sich der Gesetzgeber über diese Grundsätze hinwegsetzt, so ist der Richter nicht befugt, Demjenigen eine Entschädigung zuzusprechen, dem bei Kränkung seines Rechtes durch ein Gesetz eine solche in diesem selbst versagt ist.

6. Rechtsschutz.

Nur sehr spärlich ist die Ausbeute an Entscheidungen aus der Lehre vom Rechtsschutz. Ein hierher gehöriges Urtheil bezieht sich auf die Beweislast:[35])

„Es darf die Frage, wie die Beweislast in den Fällen, wo es auf die Vorbehaltlosigkeit einer Handlung oder Erklärung bezw. einen gemachten Vorbehalt ankommt, grundsätzlich zu vertheilen sei, als bestritten gelten. .... Die Ansicht, welche in dergleichen

[33]) Seuffert Bd. 46 Nr. 254 S. 397; Entsch. des C.-S. III vom 23. Januar 1891.

[34]) Seuffert Bd. 46 Nr. 164 S. 257.

[35]) Entsch. Bd. 29 Nr. 30 S. 116; Urtheil vom 14. März 1892, C.-S. VI. Hierzu sind auch die beiden bereits referirten Entscheidungen über die Beweislast speziell bei Bedingungen zu vergleichen.

Digitized by Google

Fällen den Schuldner für beweispflichtig erklärt, ist die richtige, da der letztere einen besonderen Erlöschungsgrund für einen Theil seiner Verbindlichkeit geltend macht."

Von selbst versteht sich dabei, daß diese Beweispflicht in demselben Sinne aufzufassen ist, wie die Beweispflicht desjenigen, der die Unbedingtheit eines Rechtsgeschäftes behauptet: der Pflichtige braucht nur einen Vorgang darzuthun, welcher an und für sich von einem gemachten Vorbehalt nichts erkennen läßt.

Um das Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als begründet erscheinen zu lassen, so argumentirt die zweite hierher gehörige Entscheidung,[36]) muß die Abwesenheit erstlich eine gerechtfertigte gewesen sein und zweitens ohne Mitwirkung einer Nachlässigkeit des Abwesenden das schadenbringende Ereigniß herbeigeführt haben.

„Wenngleich die Nichtbestellung eines Bevollmächtigten durch den freiwillig und aus triftigen Gründen Abwesenden die Ertheilung der Wiedereinsetzung unter Umständen ausschließt, so ist dabei doch stets vorausgesetzt, daß der Abwesende einen Vertreter bestellen konnte, dies aber nur aus Nachlässigkeit unterlassen hat."

Denn in diesem Fall liegt der Grund des Verlustes nicht mehr in der Abwesenheit als solcher, sondern in der Nachlässigkeit.

II. Sachenrecht.

1. Besitz.

Aus der Lehre vom Besitz führen wir drei Entscheidungen an.

Die erste beschäftigt sich mit dem Begriff der Detention.[37]) Die Uebergabe der Schlüssel zu einem Gebäude kann eine symbolische Bedeutung haben; sie kann geschehen, um damit die Uebertragung des Eigenthums, des juristischen Besitzes oder der Detention kundzugeben. Sie kann aber auch einen beschränkteren Zweck verfolgen. Dadurch insbesondere, daß die Schlüssel einem Handwerker, um ihm zum Hause Zutritt zu verschaffen, übergeben werden, giebt der Bauherr noch nicht die Innehabung des Gebäudes oder des Grund und Bodens, auf welchem dasselbe errichtet wird, auf, da er die Möglichkeit besitzt, zu jeder Zeit auch thatsächlich über das

---

[36]) Seuffert Bd. 47 Nr. 260 S. 386; Urtheil des C.-S. III vom 15. Dezember 1891.

[37]) Seuffert Bd. 46 Nr. 169 S. 268; Urtheil des C.-S. III vom 23. Dezember 1890.

Digitized by Google

Haus disponiren zu können, ohne sich einer unberechtigten Eigenmacht schuldig zu machen. Eine ganz zweifelsfrei zutreffende, ja u. E. fast selbstverständliche Entscheidung!

Ueber die Spolienklage heißt es zutreffend im Urtheil des C.-S. VI vom 22. Juni 1891,[38]) daß überwiegende Gründe für die Ausdehnung der Spolienklage auf den selbstnützigen Detentor sprächen, wogegen sie dem Detentor in fremdem Interesse nicht zustehe.

Eine nicht unwichtige Entscheidung traf der dritte Civilsenat am 6. März 1891[39]) in Sachen des Servitutenbesitzes. Trotz des Fehlens bestimmter Aussprüche in den Quellen sei die Frage nach dem Recht der Selbstvertheidigung des Quasibesitzes gegenüber dritten Unberechtigten in analoger Anwendung der beim Sachbesitz geltenden Grundsätze wegen Gleichheit des Grundes zu bejahen. Dies besonders dann, wenn auf dem fremden Grund und Boden ständige Anlagen vorhanden sind, wodurch sich die sonst gegen den Selbstschutz des Servitutenbesitzes sprechenden Bedenken verringern. Ob eine solche Eigenmacht dem servitutis quasi possessor auch gegenüber dem selbst zur Eigenmacht befugten Eigenthümer erlaubt sei, läßt das Erkenntniß dahingestellt; u. E. ist die Frage zweifellos zu bejahen, da es auf die quaestio dominii bei den hier in Rede stehenden Besitzstreitigkeiten überall nicht ankommen kann, wenigstens soweit nicht positive Bestimmungen das Gegentheil anordnen.

2. Eigenthum.

In zahlreichen Entscheidungen finden wir Fragen aus dem Eigenthumsrecht behandelt. Die interessanteste[40]) befaßt sich mit der Zulässigkeit der Cession von Miteigenthumsansprüchen. Die Folge einer Cession dinglicher Ansprüche ist, so wird hier sehr klar und gut ausgeführt, daß nicht das dingliche Recht als solches, sondern nur dessen Ausübung übertragen wird, daß ersteres beim bisher Berechtigten zurückbleibt, der Cessionar dasselbe durch die Cession an sich noch nicht erwirbt, aber beim Obsiegen der cedirten Klage in die Lage versetzt wird, es zu erwerben.

Eine solche Loslösung des Eigenthumsanspruches vom Eigenthum selbst

> „muß in gleicher Weise, wie für den Eigenthums-, so auch für den Miteigenthumsanspruch statthaben."

---

[38]) Seuffert Bd. 47 Nr 185 S. 271.

[39]) Daselbst Bd. 47 Nr. 11 S. 20.

[40]) Entsch. Bd. 27 Nr. 36 S. 154; Urtheil vom 9. Dezember 1890, C.-S. III.

Digitized by Google

Hier tritt nur eine Besonderheit dadurch ein, daß der Anspruch zu seiner Verwirklichung die vorgängige Entscheidung, daß und wie getheilt werden müsse, voraussetzt. Deshalb kann aber die Abtretbarkeit eines Miteigenthumsanspruches nicht beanstandet werden, da dieser Anspruch, auf Theilung zu dringen, nur Ausfluß des ideellen Eigenthumsrechtes ist, die Ausübung jenes Rechtes aber auch durch Dritte ermöglicht werden kann, sofern sie nicht in unmittelbarer Beziehung zur Person des Berechtigten steht. Der vom Berufungsgericht erhobene Einwurf, daß beim Miteigenthumsprozeß doch auch dem Kläger Leistungen aufzuerlegen sein könnten, es aber hier sowohl an einem Mittel fehle, um den am Streite nicht betheiligten Cedenten mit Verpflichtungen zu belasten, als auch an einem Rechtsgrunde, den Cessionar haftbar zu machen, erklärt der Senat für verfehlt. Denn die Cessibilität wird wegen der Möglichkeit von Gegenforderungen weder gehindert noch ausgeschlossen. So auch bei Cession von Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen, von durch das Retentionsrecht entkräftbaren Ansprüchen. Die Tragung solcher Verbindlichkeiten sei eine selbstverständliche Folge der Cession (?), und es sei eine Verkennung des Begriffes dinglicher Ansprüche, zu behaupten, daß eine Uebernahme solcher Verpflichtungen nur beim vollständigen Eintritt in das Miteigenthumsverhältniß denkbar sei.

Für ganz zweifelsfrei können wir diese Entscheidung nicht halten; jedenfalls ist mit ihr die Frage der Cession von Miteigenthumsansprüchen noch nicht abschließend erledigt — hier dürfte noch ein reiches Feld für wissenschaftliche Forschung vorhanden sein. Als unrichtig erscheint es uns, nebenbei bemerkt, daß mit der Cession von Ansprüchen aus synallagmatischen Geschäften auch die respektiven Verpflichtungen auf den Cessionar übergehen sollen. Dafür liegt doch gar keine Handhabe vor! Allerdings kann auch dem Cessionar gegenüber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt werden — aber nicht wegen der ihm, sondern der seinem Cedenten obliegenden Gegenverpflichtung.

Nicht weniger als drei Entscheidungen sind in Bezug auf Legalservituten und Nachbarrechte ergangen. In der einen[41]) heißt es, daß, wenn auch Eigenthum an der fließenden Wasserwelle nicht so wie an der Quelle selbst möglich sei, doch das in natürlichem oder künstlichem Rinnsal abfließende Wasser, so lange es das Terrain des Quelleigenthümers nicht verlasse, zu dessen freier Verfügung stehe, so daß

[41]) Seuffert Bd. 47 Nr 261 S. 388; Entsch. vom 10. November 1891, C.-S. III.

Digitized by Google

er es, unbekümmert darum, ob es nachher zum öffentlichen Flusse werden und dem Mitgebrauch der unteren Uferbesitzer unterliegen würde, zurückhalten, umleiten oder abfließen lassen dürfe. Denn erst wenn und soweit er Letzteres gethan habe, könne das Gewässer zum öffentlichen Flusse werden.

Wir müssen diese Annahme für, gelinde gesagt, höchst bedenklich erachten. Sie wird nur erklärlich durch die fable convenue vom freien, unbeschränkten Privateigenthum, diesem Phantom, das leider nur allzuoft noch in den Lehrbüchern wie in den Entscheidungen der Gerichtshöfe sein Unwesen treibt. Weil sich keine ganz zweifellosen positiven Bestimmungen in den Quellen finden, die dem Verfügungsrecht des Eigners eines flumen privatum bestimmte Schranken auferlegen, darum sind auch keine vorhanden! Daß aber eine solche freie Disposition über das Wasser die Interessen der Unterlieger aufs Gröblichste schädigen, auf die Gestaltung des ihnen im Unterlauf doch ebensogut, wie jenem im Oberlauf, zu eigen gehörigen Flusses enorm einwirken und so positiv in ihr Eigenthum eingreifen würde, daran wird nicht gedacht. Und das sollen wir einem Recht, das doch auch gegen eine Aenderung des Abflusses des Regenwassers die actio aquae pluviae arcendae gewährt, das in zahlreichen Entscheidungen dem Nachbarn gestattet, gegen ungewöhnliche Immissionen den Rechtsweg zu beschreiten, zumuthen? An anderer Stelle, in Bd. 8 S. 134 der Entscheidungen, hat derselbe dritte Civilsenat dies rückhaltlos anerkannt und in dankenswerther Weise die Stellen des Corpus juris zusammengestellt, aus denen sich ein Schutz des Unterliegers gegen Ablenkungen des Wasserlaufes ergiebt — wieso der Senat jetzt plötzlich von der richtigen Bahn abgelenkt ist, kann nicht abgesehen werden.[42])

Eher wird man sich mit dem ferneren Inhalte unserer Entscheidung einverstanden erklären können. Darnach sollen Mühlengerechtigkeiten an Privatflüssen nicht denkbar sein, da in ihnen nach dem deutschrechtlichen Sprachgebrauch

„nur ein von den Inhabern des Mühlenregals verliehenes privates Recht zum Mühlenbetriebe an einem öffentlichen Fluß"

zu sehen ist. Wohl aber steht rechtlich nichts im Wege, Jemandem vertragsmäßig das Nutzungsrecht an seinen für die Ausübung der Gerechtigkeit unentbehrlichen Privatwässern einzuräumen.

Sehr beifallswerth ist das bei Seuffert Bd. 47 Nr. 96 S. 134 mit-

[42]) Freilich enthielt schon die von Dernburg, Pandekten Bd. § 112, Nr. 73. als „sehr bedenklich" charakterisirte Entscheidung in Bd. 12 S. 184 eine reformatio in peius gegenüber dem früheren Standpunkt.

Digitized by Google

getheilte Erkenntniß desselben Senats vom 9. Juni 1891. Was der Grundeigenthümer, wird dort ausgeführt, von seinem Nachbarn zu dulden hat und wieweit die freie Benutzung seines Eigenthums durch das Recht des Nachbarn beschränkt wird, ist stets mit der gebührenden Rücksicht auf die konkreten Ortsverhältnisse zu beurtheilen und zu entscheiden. Insbesondere stellt die l. 13 D. fin. reg. X, 1 keine unbedingt zwingende Vorschrift darüber auf, wieviel Zwischenraum man zwischen einer Grube und der Nachbargrenze liegen zu lassen hat, sondern nur ein gegebenen Falls mit in Berücksichtigung zu ziehendes Prinzip. Wenn Jemand also zu einem berechtigten und nicht außergewöhnlichen Zwecke (in casu zur Anlage eines Viaduktes) eine Grube ausschachtet, und dies dann eine Abänderung des unterirdischen Wasserlaufs im Gefolge hat, so liegt daran an sich nichts Unstatthaftes.

In demselben Bande heißt es Nr. 285 S. 492:[43])

> „Die Vorschrift des §. 26 der Gewerbeordnung giebt demjenigen, der durch die Einwirkung einer gewerblichen Anlage leidet, das Recht auf Herstellung der thunlichen mit dem Betriebe vereinbaren Einrichtungen zur Abhülfe. Dieses Recht besteht auch dann, wenn nur solche Einrichtungen ausführbar sind, wodurch jener Zweck wenigstens theilweise erreicht wird."

Ueber den Eigenthumsverlust durch Enteignung verbreitet sich ein Urtheil des C.-S. III vom 21. September 1890.[44])

Es hatte eine Tieferlegung einer Straße mit gleichzeitiger Enteignung stattgefunden. Gegen die auf Erstattung der dadurch den Klägern erwachsenen Kosten gerichtete Klage hatte der Beklagte eingewendet, daß die Tieferlegung des Weges ja auch ohne gleichzeitige seitliche Verlegung — und damit Expropriation — zulässig gewesen sei und die Klägerin in gleicher Weise in Mitleidenschaft gezogen haben würde. Hiergegen wird bemerkt, der Anspruch eines Expropriaten, welcher auf Grund der durch das wirklich ausgeführte Unternehmen geschaffenen Verhältnisse erhoben sei und nach Maßgabe dieser Verhältnisse begründet erscheine, dürfe von einer solchen fingirten Möglichkeit nicht abhängig gemacht werden.[45])

Hinsichtlich der cautio damni infecti wird in Seuffert Bd. 47 Nr. 110 S. 162 (Entsch. d. C.-S. I vom 30. Januar 1891) bemerkt, daß ein selbstständiger Anspruch auf sie auch den Inquilinen des gefährdeten Grundstücks zustehe.

---

[43]) Entsch. des C.-S. III vom 26. Februar 1892.

[44]) Seuffert Bd. 46 Nr. 195 S. 310.

[45]) Vgl. dazu Entsch. Bd. 12 S. 246.

Digitized by Google

Eine sehr beachtenswerthe, das Zweckmoment treffend in Betracht ziehende Entscheidung traf der C.-S. III am 14. März 1890 (Seuffert Bd. 46 Nr. 18 S. 27). Nach dem Recht der actio aquae pluviae arcendae soll laut ihrer jedes opus manufactum, welches den Erfolg hat, den natürlichen Wasserlauf zum Nachtheil des Nachbargrundstücks zu verändern, rechtswidrig sein, nicht nur dasjenige, welches gerade zum Zweck der Zuleitung des Wassers, mit welcher jener Erfolg verbunden war, vorgenommen worden ist. Der Ausdruck opus manufactum solle nur den Gegensatz des Werkes von Menschenhand zur Naturgewalt hervorheben, er könne also nicht für die beschränkende Auslegung verwerthet werden. Andrerseits werde die weitergehende Ansicht durch Stellen wie l. 3 § 2, l. 4 D. h. t. XXXIX, 3 gestützt.

Ob in dieser Entscheidung nicht, wie wir vermeinen, ein gewisser Widerspruch mit den im oben angeführten Urtheil bei Seuffert Bd. 47 Nr. 96 steckt, kann hier nur angedeutet werden — eine nähere Untersuchung würde zu weit führen. Daß es sich dort um die actio negatoria handelte, macht jedenfalls keinen Unterschied, da beide Klagen in der hier fraglichen Anwendung miteinander konkurriren (a. a. O. Bd. 46 S. 28).

3. Servituten.

Zahlreich und interessant sind die auf die Servituten bezüglichen Entscheidungen. Nach Seuffert Bd. 46 Nr. 170 S. 269[46]) ist vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus mangels besonderer (obligatorischer oder dinglicher) Verbietungsrechte weder der Eigenthümer einer Wand an der beliebigen Anlegung von Fenstern in derselben, noch umgekehrt der Nachbar an der Errichtung von baulichen Vorkehrungen auf eigenem Grund und Boden durch das Bestehen von Fenstern in der Wand des anstoßenden Gebäudes gehindert. Beides ist ein Ausfluß der natürlichen Freiheit des Eigenthums.[47]) Andererseits folgt aus der Thatsache des längeren Bestandes eines Fensters in einer Wand ein Recht auf dessen Beibehaltung noch nicht, und ebensowenig schließt die Servitut des sogenannten „Ladenrechts" nothwendig auch ein Fenster- oder Lichtrecht in sich.

Ueber die Besitzfehler beim Servitutenbesitz heißt es in dem Urtheil des C.-S. III vom 17. Januar 1890:[48]) Der Begriff der Heimlichkeit des Besitzes ist für die Servitutenersitzung kein anderer als

[46]) Entsch. des C.-S. III vom 18. November 1890.

[47]) Daß derlei Vorrichtungen auch dann rechtmäßig sind, wenn sie aus bloßer Chikane ausgeführt werden, hat das Reichsgericht damit schwerlich sagen wollen.

[48]) Seuffert Bd. 46 Nr. 6 S. 9.

Digitized by Google

für den Interdiktenbesitz überhaupt. Das clam uti liegt demnach vor, wenn die Ausübung des dinglichen Rechts hinter dem Rücken des Eigenthümers oder seines zum Einspruch berechtigten Vertreters vorgenommen wird. Die in der l. 3 §. 7 D. quod vi aut clam XLIII, 24 vorausgesetzte Anzeige (denuntiatio) ist kein unumgängliches Erforderniß, so daß ohne sie stets clam facere vorläge. Sie muß erfolgen, wenn der Besitzer anzunehmen hat, daß seinen Handlungen vom Gegner widersprochen werden würde. Dagegen kann andererseits die Unterlassung der Anzeige dann die Clandestinität nicht bewirken, wenn Besitzhandlungen auf fremdem Grund und Boden öffentlich an einem Ort und zu einer Zeit vorgenommen wurden, wo sie dem Eigenthümer bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten.

In einer zweiten hierher gehörigen Entscheidung[49]) wird ausgeführt, daß der Ersitzende das Recht durch dessen ununterbrochene Ausübung während der ganzen Ersitzungszeit erwirbt, auch wenn während dieser Zeit das mit der Dienstbarkeit zu belastende Grundstück in die Hände anderer Besitzer übergegangen ist. Die Ersitzung vollzieht sich in solchen Fällen gegen die Gesammtheit derer, welche das Grundstück im Laufe der Ersitzungszeit besessen haben, gegen jeden Besitzer mithin unter den Voraussetzungen und mit den Wirkungen, die für ihn vom Gesetz vorgeschrieben sind. Ist die Ersitzungszeit gegen die einzelnen Besitzer verschieden bemessen, haftet die Abweichung der Normalzeit also nicht wie bei den res furtivae an der Sache, kommt vielmehr der Person als solcher zu,

> „so können, wenn überhaupt zusammengerechnet werden soll und muß, nur die Theile, wie sie auf jeden einzelnen Besitzer nach den für ihn geltenden gesetzlichen Bestimmungen fallen, zusammengerechnet werden, um zu bestimmen, ob die Verjährungszeit als Ganzes erfüllt ist."[50])

Eine andere Entscheidung befaßt sich mit der Aufhebung der Servituten.[51]) Nach gemeinem Recht wird ihr zufolge die Individualität eines Grundstückes als herrschenden keineswegs durch irgend eine Art der Bebauung desselben vernichtet. Es kann am praedium dominans allerdings ebensogut auf diesem Wege, wie auf manchem anderen, z. B. schon durch Verwandlung des bebauten Grundstücks in ein unbebautes, möglicherweise thatsächlich eine solche Veränderung bewirkt werden, daß die Servitut nach Maßgabe ihres besonderen Inhalts nun einstweilen nicht aus-

[49]) Seuffert Bd. 46 Nr. 7 S. 10; Entsch. des C.-S. III vom 29. April 1890.

[50]) Für den nichts weniger als eleganten Stil sind wir bei diesem wörtlich citirten Satze nicht verantwortlich.

[51]) Entsch. Bd. 27 Nr. 40 S. 164; Entsch. vom 25. Mai 1891, C.-S. VI.

Digitized by Google

zuüben ist. Aber darum besteht doch das herrschende Grundstück als ein besonderes fort, und eben deswegen bleibt auch die Servitut bis auf Weiteres bei Bestande.

Ferner heißt es:

> „Auch Gebäudeservituten stehen im Rechtssinn nicht dem auf dem herrschenden Grundstück errichteten Gebäude, welches rechtlich ja nur als Accession des Grundstückes gilt, sondern nur diesem letzteren in seiner Totalität zu."

Das ist u. E. richtig, — dafür kann man schon die Bezeichnung „servitutes praediorum urbanorum" nicht ohne Grund ins Gefecht führen. Dafür spricht nicht minder die l. 20 § 2 D. VIII, 2; nicht dagegen l. 3 D. VIII, 1.

Auch eine beachtenswerthe, auf das Bergrecht bezügliche Entscheidung[52]) mag an dieser Stelle ihren Platz finden. Die Bergbauberechtigung giebt dem Inhaber danach das Recht, das fremde Grundeigenthum durch unterirdischen bergmännischen Bau zum Zwecke der Aufsuchung und Gewinnung der verliehenen Fossilien auszunutzen und die hierzu nöthigen unterirdischen Bauten vorzunehmen, auch die sich etwa dabei vorfindenden Höhlungen zu diesem Zwecke zu verwenden.

> „Sie giebt ihm aber eben nur dieses Recht, das demnach in jenem Zwecke seine Bedingung und Schranke gegenüber dem absoluten Rechte des Eigenthums, wie es das gemeine Recht anerkennt, finden muß."

Eine Benutzung und gewerbliche Ausbeutung einer vorgefundenen Höhle vermittelst entgeltlicher Einführung von Fremden zur Besichtigung der natürlichen Höhle und nicht der Bergwerksanlagen liegt außerhalb der Zwecke des Bergbaues und darum außerhalb der Grenzen einer Bergbauberechtigung. Es ist daher der Eigenthümer zur Zurückweisung eines solchen Eingriffes in sein Recht befugt.

Endlich sei hier einer das Zwangs- und Bannrecht angehenden Entscheidung gedacht.[53]) Wenn §. 10 der Gewerbeordnung bestimme, daß für ablösbar erklärte Zwangs- und Bannrechte fortan nicht mehr erworben werden könnten, so sei die Folgerung begründet, daß die frühere Verleihung eines derartigen Rechts aufgehört habe, einen Titel für die Beschwerung solcher Personen zu bilden, welche dem Bannrechte bis dahin

---

[52]) Entsch. Bd. 28 Nr. 34 S. 152; Entsch. des C.-S. III vom 27. Oktober 1891.

[53]) Entsch. Bd. 28 Nr. 26 S. 122; Urtheil vom 16. November 1891, C.-S. VI.

Digitized by Google

nicht unterlagen. Daran ändere der Umstand nichts, daß das Bannrecht als solches noch fortbestehe, denn

„der Rechtsgrund an sich schafft noch keinen Verpflichteten;"

die Verpflichtung kommt vielmehr erst durch die Anlegung eines bestimmten Betriebes der fraglichen Art — hier einer Brauerei — zur Entstehung.

4. Pfandrecht.

Das Pfandrecht ist in den zu erörternden Entscheidungen nur äußerst dürftig vertreten. In einem Erkenntniß des C.-S. III vom 27. Juni 1890[54]) wird ausgeführt, daß nach gemeinem Recht die nachstehenden Pfandgläubiger den vorgehenden Realgläubigern gegenüber weder Rechte an den Pfandobjekten geltend machen, noch sich ohne freiwillige oder im Wege der Zwangscession herbeigeführte Abtretung derjenigen Einreden gegen die vorgehenden Forderungen bedienen können,

„welche den Rechtsbestand dieser Ansprüche nur mit dem Willen des Schuldners zu beeinträchtigen geeignet sind."

Dies gelte insbesondere auch bezüglich der Einrede der Verjährung der persönlichen Forderung, trotzdem diese keine rein persönliche sei und auch keine natürliche Verbindlichkeit zurücklasse. Denn der Schuldner könne doch auf diese Einrede verzichten, ohne daß irgend ein Dritter hiergegen Widerspruch erheben könne. Ohne uns an dieser Stelle auf eine Prüfung des letztgedachten einigermaßen disputabeln Beweisgrundes einzulassen, können wir uns die Bemerkung nicht versagen, daß die Beweisführung des Reichsgerichts nicht gerade sonderlich schlüssig ist. Wenn die verjährte Forderung auch nicht mehr als naturalis obligatio besteht, dann ist eben fortan ein Vacuum da, sodaß der nachträgliche Verzicht des Schuldners auf die erworbene Einrede materiell einer Neubegründung eines Rechtsverhältnisses gleichkommt. Wieso aber für diese neu konstituirte Schuld das Pfand in der alten Weise ohne Weiteres forthaften solle, ist uns unklar. Wer freilich, wie wir, trotz Verjährung der Klage als des bloßen vornehmsten Rechtsschutzmittels das obligatorische Recht an sich fortbestehen läßt, für den fallen diese Schwierigkeiten fort.

In einem anderen Urtheil[55]) wird ausgeführt, daß einmal erworbene Pfandrechte durch nachträglich bestellte iura in re aliena nicht beeinträchtigt werden können. Dies gilt auch zu Gunsten des nachstehenden Pfandrechts, sodaß der vorstehende Gläubiger in Ausübung seines Verkaufsrechtes das Pfandobjekt nicht mit einer Servitut belastet verkaufen darf,

[54]) Seuffert Bd. 46 Nr. 82 S. 129.

[55]) Seuffert Bd. 46 Nr. 8 S. 13; Entsch. d. C.-S. VI vom 6. Februar 1890.

Digitized by Google

wenigstens soweit nach dem geltenden Rechte das Pfandrecht des posterior creditor nicht sofort erlösche.

Uebrigens hätte Kläger, wenn er, was hier allerdings nicht der Fall war, selbst das Grundstück mit einer Servitut zu Gunsten des ihm gehörigen Nachbargrundstückes hätte verkaufen wollen, dies schon deshalb nicht vermocht, weil kein Pfandgläubiger nach bekannten Bestimmungen an sich selbst veräußern darf, was wegen Gleichheit des Grundes auf jenen Fall sicherlich wird angewendet werden müssen.

III. Obligationenrecht:

a) Allgemeine Lehren.

1. Entstehung der Obligationen.

Aus der Lehre von der Entstehung der Forderungen kommt nur eine Entscheidung in Betracht, der aber eine große prinzipielle Bedeutung nicht abgesprochen werden darf.[56]) Es handelte sich um die Folgen der Verstümmelung eines Telegramms. Der Kaufmann Waltfried zu Hamburg gab am 5. April 1889 an den Bankier Löwenberg zu Berlin ein Telegramm auf, worin er ihn beauftragte, für seine Rechnung Dynamit-Trust-Aktien zum Betrage von 2000 £ zu verkaufen. In der Ausfertigung des Telegramms wurde die ursprünglich richtig angegebene Summe durch nachträgliches Ueberkleben vom Telegraphenbeamten in „20 000" verwandelt, was den Löwenberg wegen der enormen Höhe der Summe so stutzig machte, daß er sofort ein Telegramm an Waltfried richtete, worin er der Sicherheit halber bezüglich der Höhe des Auftrages anfragte.[57]) Zugleich ging er aber langsam mit dem Verkauf vor und stellte, nachdem er nach und nach Beträge von zusammen 4000 £ verkauft hatte, durch ein nunmehr eintreffendes Widerrufstelegramm seines Auftraggebers veranlaßt, den ferneren Verkauf ein. Da der Erfolg des Geschäftes wegen Kurssteigerung der verkauften Papiere zur Lieferungszeit ein ungünstiger war, weigerte sich Waltfried, das Geschäft als auf seine Rechnung gemacht anzuerkennen, sodaß Löwenberg auf Erstattung der von ihm ausgelegten Kursdifferenz den Weg der Klage

---

[56]) Entsch. Bd. 23 Nr. 3 S. 16; Urtheil des I. C.-S. vom 29. Juni 1891. Es sei dem Verfasser die Bemerkung gestattet, daß der Entwurf des Urtheils II. Instanz, welches hier vom Reichsgericht kritisirt wird, von ihm während seiner damaligen Thätigkeit als Referendar beim Kammergericht verfaßt worden ist.

[57]) Ich habe diese m. E. für die Beurtheilung interessanten Momente nach meiner Erinnerung beigefügt; im Urtheil findet sich darüber nichts.

Digitized by Google

beschreiten mußte. In allen drei Instanzen wurde dem Klageantrage, abgesehen von kleineren Differenzen in der Schadensberechnung, stattgegeben — aber mit sehr verschiedener Begründung. Darüber zwar, daß Beklagter für die Folgen des Geschäftes in Höhe der von ihm wirklich in Auftrag gegebenen 2000 £ ex mandato verhaftet sei, herrschte Einstimmigkeit — um so weniger aber über die Begründung der weiteren etwa gegen ihn zuständigen Ansprüche. Während das Kammergericht *außerkontraktliche Haftung* angenommen hatte, ist nach dem Reichsgericht dahin zu entscheiden, daß auch in Höhe des überschießenden Betrages von 2000 £ der Beklagte dem Kläger gegenüber die Folgen des bewirkten Verkaufes *kontraktlich* zu vertreten hat.

Man dürfe zunächst nicht mit dem Berufungsgericht im Benehmen des Beklagten eine culpa in contrahendo erblicken. Sei doch der Telegraph heutzutage ein so allgemeines Verkehrsmittel, daß sich, gerade beim Börsengeschäfte, Niemand seiner Benutzung ohne Nachtheil entziehen könne. Ein „Kollationiren" der Depesche sei schwer anwendbar und nicht üblich, zumal wenn dadurch, wie im vorliegenden Falle, wegen der Zeitversäumniß die Ausführung des Auftrages gefährdet worden wäre.

Wolle man andererseits den Beklagten ex contractu haftbar machen, so scheine dafür zunächst die sog. „Erklärungstheorie" eine geeignete Handhabe zu bieten. Sie sei indeß in Wahrheit unrichtig, da sie weder in den Quellen noch in den neueren Gesetzesbestimmungen eine Stütze fände.

Ebensowenig führe die Annahme eines „Garantievertrages", wie ihn früher *Windscheid* zur Erklärung derartiger Fälle herangezogen hatte, zum Ziel. Denn es bleibe alsdann oftmals das Bedenken unerledigt,

> „ob in der That der Absender den Abschluß eines solchen Garantievertrages gewollt habe, und ob demgemäß die erforderliche Willensübereinstimmung gegeben sei".

Schließlich kommt das Reichsgericht zu einer neuen, höchst eigenthümlichen Begründung einer Haftung des Absenders, die hier wörtlich mitgetheilt werden möge:

> „Der Absender wählt das Mittel des Telegraphen bewußt auf seine Gefahr (?), er thut es also mit dem Willen, die Folgen der etwaigen Verstümmelung auf sich zu nehmen. Die Handlung der Absendung eines Telegramms der bezeichneten Art enthält daher im Handelsverkehre die Abgabe einer stillschweigenden Willenserklärung (?) des Inhalts, daß der Absender dasjenige, was der Empfänger ordnungsmäßig zufolge der ihm zukommenden Erklärung veranlaßt, gleichgültig ob es sich als

Digitized by Google

vortheilhaft oder nachtheilig erweist, als in seinem Namen oder für seine Rechnung geschehen gelten lassen und dem Empfänger alle sachgemäßen Aufwendungen und, je nach Lage des Falles, etwaigen entgangenen Gewinn ersetzen werde. Diese stillschweigende Willenserklärung gelangt durch Aushändigung des Telegramms zur Kenntniß des Empfängers und wird von ihm dadurch, daß er der angekommenen Erklärung gemäß handelt, angenommen".

Es kommt also nach dieser Theorie bei eingetretenem Mißverständniß kein Vertrag auf Ausführung zu Stande, wohl aber auf alle Fälle ein stillschweigender Vertrag dahin, daß der Absender sich anheischig macht, dem Empfänger alle nach Maßgabe der angekommenen Erklärung angezeigt gewesenen und gemachten Aufwendungen zu ersetzen.

Wodurch sich diese Ausführung von der verworfenen Theorie des Garantievertrages, den sich seine Vertreter doch auch nur als stillschweigenden vorstellen können, unterscheiden soll, ist nicht ganz leicht einzusehen. Was ist es denn anders als Garantie, wenn Jemand einem Anderen dafür aufkommen will, dasjenige, was dieser in Ausführung eines etwa falsch verstandenen Auftrages aufgewendet haben wird, zu ersetzen? Jedenfalls kehren alle Bedenken, die auch nach den eigenen Ausführungen des Reichsgerichts der Annahme des Garantievertrages entgegenstehen, hier in derselben Stärke wieder. Der Absender wird in den meisten Fällen an eine mögliche Verstümmelung seines Telegramms gar nicht denken und auch, wo das der Fall ist, schwerlich den Willen haben, die etwaigen Folgen einer solchen ohne Weiteres auf sich zu nehmen. Ihm einen solchen „im Stillen bleibenden" Willen schlankweg aufzuoktroyiren, heißt doch den realen Boden der Thatsachen verlassen und sich in das nebelhafte Gebiet der Fiktionen versteigen, die bei Fragen der juristischen Konstruktion ein für allemal verpönt sein sollten. Eine solche Verflüchtigung des Begriffes der stillschweigenden Willenserklärung droht diesen Begriff zu einer ganz unbrauchbaren Weite zu verdünnen.

Am allerwenigsten aber wird man bei dem Empfänger der Willenserklärung eine Acceptation dieser stillschweigenden Offerte annehmen dürfen. Denn hatte er eine Vorstellung von der wahrscheinlichen oder möglichen Verstümmelung, so mußte er doch stutzig werden und geeigneten Falls sich durch Anfrage beim Gegner über die Richtigkeit des Vernommenen vergewissern. Nach der Ansicht des Reichsgerichtes kann ihn diese Pflicht nicht treffen — er acceptirt einfach wohlgefällig das angebotene Garantieversprechen und ist damit auf alle Fälle gedeckt!

Unseres Erachtens sind alle derartigen Theorien nur gebrechliche

Digitized by Google

Krücken, um ein (mit Recht!) als nothwendig erkanntes Resultat auch wissenschaftlich zu rechtfertigen. Sie enthalten somit eine unter allen Umständen verwerfliche Tendenzwissenschaft, um so verwerflicher, als man ihrer gar nicht bedarf. Vom Standpunkt der Römer mag es naheliegen, alles auf den subjektiven Parteiwillen abzustellen und da, wo ein solcher absolut nicht auffindbar ist, sich des Ausweges eines „quasi“ zu bedienen. Anders unsere Zeit! Veränderte Bedürfnisse und wirthschaftliche Verhältnisse, eine klarere Erkenntniß des Wesens des subjektiven Rechts in seinem Abhängigkeitsverhältniß zur Rechtsordnung, endlich der Einfluß germanistischer Anschauungen haben zusammengewirkt, um entsprechend erweiterte Grundlagen der obligatorischen Haftung aufzubauen. Solange noch kein Gesetz darüber unmittelbare Bestimmungen trifft, sollte und müßte es gerade zum nobile officium des höchsten deutschen Gerichtshofes gehören, Hand in Hand mit der Wissenschaft das geltende Recht durch weise Interpretation den Bedürfnissen der Gegenwart anzupassen!

Wir nehmen mit Windscheid, Dernburg und Ihering an, daß die Verstümmelung eines Telegrammes das Zustandekommen eines Vertrages, der nun einmal seinem Begriff nach consensus voraussetzt, verhindert, der Absender aber andererseits außerkontraktlich haften muß. Um das juristisch zu begründen, könnte man einmal mit Ihering den Begriff der culpa in contrahendo heranziehen. So gebräuchlich im heutigen Geschäftsverkehr die Verwendung des Telegraphen sein mag — wir bezweifeln trotzdem, daß man den von aller culpa freisprechen kann, der zur Vermittelung der schwerwiegendsten und umfangreichsten Geschäfte ein nun doch einmal nicht ganz untrügliches Mittel wählt. Die culpa mag sehr gering und abgeblaßt sein — aber wo einmal die Gefahr, das andere Mal der mögliche Gewinn groß ist, wo der Betreffende gerade die Veranlassung zum Geschäfte giebt, sein Interesse dabei vornehmlich verfolgt wird, da entspricht es u. E. nur der ratio, auch den Haftungsmaßstab möglichst zu verschärfen. Nicht umsonst sollte uns doch das römische Recht mit seinem gewohnten Takte gelehrt haben, daß der aus dem Geschäfte zu erwartende Vortheil im gleichen Verhältniß mit der dabei zu beobachtenden Diligenz steigt und fällt.

Indeß, es mag sein, daß die Annahme eines Verschuldens hier den culpa-Begriff ein wenig verflüchtigen würde — wir glauben ihrer aber auch entraten und doch zur Haftung gelangen zu können! Hat der Absender das Mißverständniß und den damit entstandenen Schaden nicht verschuldet, so hat er ihn doch veranlaßt, verursacht, während der Empfänger auf die Wahl des Erklärungsmittels ganz einflußlos, bei dem Geschäft ohne eigene Initiative war. Eine Haftung für Verur-

Digitized by Google

sachung entspricht nun, wie schon oft hervorgehoben ist, den Grundsätzen des germanischen Rechts, nicht minder den heutigen Rechtsanschauungen, wie sie im Haftpflichtgesetz und anderen modernen Satzungen mit großer Energie zu Tage treten. Wie sehr gerade für Fälle wie den hier vorliegenden eine Haftbarmachung des Absenders dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entspricht, zeigen die wiederholten Entscheidungen der Gerichtshöfe, die Uebereinstimmung der großen Mehrzahl der Schriftsteller, die von den verschiedenartigsten, oft an den Haaren herbeigezogenen Argumenten aus die von ihrem richtigen Rechtsinstinkt geforderte Haftung zu erklären versuchen. Schwerlich mit Unrecht leiten manche von ihnen die Haftung direkt aus den Postulaten der bona fides ab; noch besser wird man sie vielleicht auf eine allgemeine, Recht schaffende Rechtsüberzeugung[58]) zurückführen dürfen. Wie sehr eine derartige Haftung nicht minder vom Standpunkt der Sicherheit des Verkehrs gefordert wird, bedarf keiner näheren Auseinandersetzung — wer würde noch mit Sicherheit telegraphische Aufträge ausführen können, wenn er jedesmal die Möglichkeit eines, jede Verantwortung des Absenders ausschließenden, Mißverständnisses zu gewärtigen hätte? Der Absender andererseits, der die Wahl des Erklärungsmittels in der Hand hat, ist schon dadurch in viel besserer Lage und wird sich über seine etwaige Haftung nicht füglich beklagen dürfen. Sehr zu begrüßen ist es nach alledem, wenn sich der revidirte Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches (§§. 95, 97) zum Mundstück dieser modernen Rechtsüberzeugung gemacht und eine (außerkontraktliche) Haftung des Absenders statuirt hat.

Nach Ansicht des Reichsgerichts ergiebt sich aus seinem „stillschweigenden Vertrag" eine Verpflichtung des Absenders, in alle vom Empfänger eingegangenen Verpflichtungen einzutreten und alle Aufwendungen zu ersetzen. Ob damit dem Mandatar auch ein Anspruch auf positive Vortheile, in casu Courtage und Mäklerlohn, zugebilligt werden soll, ist uns nicht klar — das Kammergericht hatte ihn dem Kläger abgesprochen und es war dagegen keine Revision eingelegt worden, sodaß sich das R.-G. nicht unmittelbar darüber zu äußern hatte. Wir möchten einen solchen Anspruch entschieden verweigern. So gerecht es ist, daß dem Adressaten des verstümmelten Telegramms alle Auslagen ersetzt werden, so unbillig wäre es, wenn er auf Kosten des Absenders noch positiven Gewinnst beanspruchen wollte, trotzdem ein Vertrag (scil. in

[58]) Schreiber dieser Zeilen hat den Fall mehreren Dutzenden von Juristen wie Laien vorgetragen und mit höchstens einer oder zwei Ausnahmen stets dieselbe bejahende Ansicht vorgefunden.

Digitized by Google

casu über mehr als 2000 £) gar nicht zustande gekommen war. Für Zubilligung des positiven Interesses fehlt es an jedem Rechtsgrund.

Wenn endlich Beklagter ein konkurrirendes Verschulden des Klägers darin sah, daß dieser an der Korrektur des Telegramms keinen Anstoß genommen hätte, so war das ganz verfehlt. Eher mußte Kläger gerade deshalb annehmen, daß die erst durch die Korrektur in das Telegramm hineingekommene Summe umsomehr die richtige sein würde.

2. Inhalt der Obligationen.

Mit dem Inhalt der Forderungsrechte beschäftigen sich fünf Entscheidungen. Der C.-S. VI hatte sich im Urtheil vom 21. März 1892[59]) mit einem Fall auseinanderzusetzen, wo ein Haus nebst Inventar und einem Bordellgeschäft für den Gesammtpreis von 12 500 Mark verkauft war. Die Entscheidung läßt dahingestellt, ob ein bestehendes Geschäft den Gegenstand eines eigentlichen Kaufes bilden könne; man werde dies kaum annehmen dürfen, da die Leistung des Verkäufers doch immer in einer auf Rechtsübertragung abzielenden Handlung zu bestehen habe.

Wir halten das für zu eng. Alles, was für den Käufer ein wirthschaftliches Interesse darbietet, wird man wohl als möglichen Gegenstand eines Kaufes ansehen dürfen — daß aber ein Geschäft ein Patent, ein Verlag schon als solcher vom privatwirthschaftlichen, wenn nicht vom volkswirthschaftlichen Standpunkt aus einen oft sehr erheblichen Werth repräsentiren könne, wird füglich kaum zu bestreiten sein. So werden sie denn auch oftmals „verkauft", und diese Geschäfte im Rechtssinn nicht als wirkliche Kaufgeschäfte aufzufassen, wäre um so verkehrter, als der Kauf überhaupt nicht vom Recht geschaffen, sondern von ihm aus dem Verkehrsleben als fertiges Geschäft erst übernommen ist.

Wenn es sich hier nun aber auch nicht um Kauf handle, so fährt das Reichsgericht fort, so doch immer um einen kaufähnlichen Vertrag, einen Vertrag, der hier seines unsittlichen Charakters halber an sich nichtig sei:

> „Ist nun ein solcher wegen seiner ungeeigneten Natur ungeeigneter Gegenstand zugleich mit anderen Gegenständen für einen einheitlichen Preis verkauft, so muß die Regel zur Anwendung kommen, wonach bei schon anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung einer von mehreren für einen Preis durch ein einheitliches Geschäft verkauften Sachen dieses ganze Geschäft als nicht geschlossen gilt (l. 44 D. XVIII, 1)."

[59]) Entsch. Bd. 29 Nr. 28 S. 106.

Digitized by Google

Diese Beweisführung erscheint uns zwingend.

In dem Urtheil des C.-S. I vom 8. April 1891[60]) stand der Fall zur Entscheidung, daß Jemand für einen Anderen eine Partie Petroleum auf Lager genommen und dies sodann unbefugter Weise an eine dritte Person verkauft hatte. Kläger forderte als Ersatz den Marktpreis des Tages, an welchem er die Auslieferung der Waare verlangt hatte. Beklagter brachte davon das Lagergeld in Abzug für die Zeit, während welcher er bei normalem Verlauf der Sache das Oel gehabt haben würde. Das Reichsgericht stellt demgegenüber zunächst den allgemeinen Grundsatz auf, daß Ersparungen, welche in Folge des schadenbringenden Ereignisses gemacht worden sind, bei Berechnung des Schadenbetrages abgezogen werden müssen. Allein dies kann für den Fall keine Anwendung finden, wenn die Ersparung darin besteht, daß der Beschädiger ohne die schadenbringende Handlung bei im Uebrigen gleichen Verlaufe eine Forderung gegen den Beschädigten erworben haben würde, deren Voraussetzung in Folge der Beschädigung fehlt; genauer: darin, daß der Beschädiger seinerseits Gelegenheit gehabt hätte, einen entsprechenden Verdienst zu machen. Denn hier ist es ja gerade sein eigenes Verschulden, durch welches dem Beschädiger die Möglichkeit entzogen ist, den Verdienst zu erlangen.

Natürlich: wie kann Jemand noch eine versprochene Gegenleistung in Anspruch nehmen für eine Zeit, in der er aus eigenem schuldhaften Handeln heraus die ihm dafür obliegende Leistung — für die Aufbewahrung des Petroleums — zu erfüllen außer Stande war?[61])

Die Lehre vom Interesse kommt auch bei dem Erkenntniß des C.-S. III vom 9. Dezember 1892[62]) zur Sprache. Das lucrum cessans, welches der Verkäufer an sich im Falle eines anderweitigen Verkaufes der ihm verkauften und nicht gelieferten Sache verlangen kann, darf nicht auf einer iniusta causa beruhen. So berechtigt das vertragswidrige Benehmen des venditor den emtor nicht, den ihm durch das Kaufangebot eines Dritten sonst zugekommenen Gewinn in Rechnung zu stellen, wenn der einzige Bestimmungsgrund für das Gebot die Qualifikation des fraglichen Hauses zur Vermiethung an Prostituirte war.

---

[60]) Seuffert Bd. 47 Nr. 99 S. 145.

[61]) Man wird hier auf das schöne Quellenbeispiel der l. 7 §. 4 D 43, 24 verweisen dürfen:

„Quodsi nullo incendio vicini aedes intercidisti, deinde postea incendium autem fuerit, non idem erit dicendum (sc. ut absolvi oporteas) quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit necne, aestimari oportere Labeo ait."

[62]) Seuffert Bd. 46 Nr. 179 S. 279.

Digitized by Google

Mit der mora accipiendi beschäftigt sich die — vorwiegend handelsrechtliche — Entscheidung des C.-S. I vom 18. Mai 1892[63]) Der Kläger thut Alles, was ihm obliegt, wenn er sich zur Lieferung bereit erklärt und thatsächlich zur Erfüllung bereit ist. Diese Erfüllungsbereitschaft des Klägers besteht, wenn ein Dritter, von dem er seinerseits gekauft hat, bereit und im Stande ist, auf Anweisung des Klägers die Versandorder des Beklagten auszuführen. Der Beklagte, der trotz wiederholter Aufforderung und bestehender Erfüllungsbereitschaft das debitum nicht abnimmt und nicht bezahlt, geräth damit in Annahmeverzug.

Speziell auf die Sicherung der Obligationen bezieht sich das Urtheil des C.-S. III vom 20. März 1891.[64]) Strafandrohungen, heißt es dort, wie sie zum Schutz des Besitzes, des Eigenthums und dinglicher Rechte gegen Störungen des Berechtigten zugelassen sind, sind auch dem Gebiete des Obligationenrechts nicht schlechthin fremd, sondern können z. B. dann, wenn es sich um die Verpflichtung zu einer Unterlassung handelt, schon in dem diese Verpflichtung aussprechenden Urtheil enthalten seien.

8. Subjekte der Obligationen.

Dem Abschnitt „Subjekte des Forderungsrechtes" gehört zunächst das Urtheil des C.-S. III vom 19. Juni 1891[65]) an — eine sehr anfechtbare, auf die Solidarobligationen bezügliche Entscheidung. Wer fahrlässig handelt, heißt es hier, mag strafrechtlich auch ohne Verletzung eines subjektiven Rechts kraft positiver Vorschrift verantwortlich sein — daß er zum Schadensersatz verpflichtet wird, setzt nothwendig voraus, daß seine Fahrlässigkeit für den entstandenen Schaden kausal war. Wenn daher bei einer Jagd Jemand durch einen von mehreren Theilnehmern getroffen wird, ohne daß die Person des Thäters nachweisbar ist, so können nicht die einzelnen Jäger solidarisch in Anspruch genommen werden.

Wir halten diese Entscheidung für völlig verfehlt. Nach der für das Reichsgericht maßgebenden thatsächlichen Feststellung war das ganze Verfahren der Jagdtheilnehmer beim Aufstellen, Zutreibenlassen und Schießen ein fahrlässiges. Die culpa lag also nicht sowohl im einzelnen Schuß, als in den auf gemeinsamem Plan beruhenden Veranstaltungen bei der Jagd. Dies Benehmen war in Wahrheit das eigentlich für den Schaden kausale Moment, freilich nur unter der weiteren Bedingung, daß Jemand in Folge dieses nachlässigen Benehmens in die Schußweite

[63]) Entsch. Bd. 29 Nr. 19 S. 61.
[64]) Seuffert Bd. 47 Nr. 21 S. 35.
[65]) Seuffert Bd. 47 Nr. 12 S. 22.

Digitized by Google

kam und getroffen wurde, oder, wenn man will, nur in Verbindung mit dem nachfolgenden unachtsamen Schießen. Letztere Fassung ist sogar vielleicht die empfehlenswerthere, weil sich aus ihr die meines Erachtens richtige Nichthaftung der an den fraglichen Schüssen nicht betheiligten Jagdtheilnehmer am ehesten begründen ließe. Die Ansicht des Reichsgerichts würde den Verletzten — hier eine anscheinend arme Frau — ganz schutzlos machen: gewiß eine gröbliche Verletzung des unbefangenen Rechtsgefühls. Solche Entscheidungen geben dem Laien, und kaum ganz grundlos, wieder und wieder Veranlassung, über die „unpraktischen und verkehrten" Juristen zu schimpfen.

Die Solidarobligationen werden noch in einer Entscheidung des C.-S. III vom 5. Januar 1892[66]) berührt. Durch Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstücks seitens des Schuldners und Uebernahme der Post seitens des Erwerbers sind diese Beiden Solidarschuldner geworden, was für ihr Verhältniß untereinander die Folge hat, daß der zur Zahlung genöthigte Verkäufer Regreß an den Käufer nehmen kann, der ihm gegenüber die Schuld vertragsmäßig übernommen hat. Folglich darf der aufs Ganze belangte Schuldner wegen dieses Rückgriffsrechtes auch vom befriedigten Gläubiger die Abtretung von dessen hypothekarischer Forderung verlangen. Dieses trotz vorgängigen rechtskräftigen Urtheils, das den Schuldner zwar nöthigen kann, auch ohne Zug um Zug erfolgende Cession jener Ansprüche zu zahlen, aber nicht hindert, bei der Zahlung den Vorbehalt nachfolgender Abtretung zu machen und sich dadurch das Recht auf letztere zu erhalten.

Dieser Verpflichtung vermag nun Gläubiger nicht zu genügen, wenn er sich durch eigene Schuld nicht mehr im vollen Besitze des Gegenstandes der Cession befindet, mag er das Pfandrecht ganz oder theilweise haben erlöschen lassen, oder die Priorität der Post abgetreten und dadurch den materiellen Werth des Forderungsrechtes gemindert haben. Ist das der Fall und belangt er den Schuldner demungeachtet, so setzt er sich der exceptio doli aus.

Hier mögen noch zwei Entscheidungen berührt werden, von denen die eine mit der Lehre von der Cession, die andere mit der Bürgschaft zusammenhängt. Nach der einen[67]) sind Zahlungen eines Dritten für den Schuldner und Erwerb der bezahlten Forderung seitens des Zahlenden mittelst Cession seitens des Zahlungsempfängers keine sich gegenseitig ausschließenden Rechtsakte. Da ferner der zahlende Dritte

[66]) Entsch. Bd. 28 Nr. 43 S. 190.

[67]) Entsch. Bd. 28 Nr. 6 S. 31; Erk. des C.-S. I vom 23. Mai 1891.

Digitized by Google

durch die Zahlung in der Regel ein Recht auf die Cession erwirbt, so ist es auch unerheblich, ob die Cession sofort gegen die Zahlung oder erst später erfolgt ist.

In der zweiten[68]) wird ausgeführt, daß juristische Personen wegen schuldhaften Benehmens ihrer gesetzlichen Vertreter innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises in gleichem Umfange haften, wie die handlungsfähigen physischen Personen in gleicher Lage wegen eigenen Verschuldens haften würden. Es können daher der juristischen Person seitens der Bürgen ihres ungetreuen Kassenbeamten Nachlässigkeiten ihres Vorstandes in der Kassenkontrole ebenso entgegengehalten werden, wie einem Gläubiger seine eigene culpa durch den Bürgen nach geltendem Recht eingewendet werden kann. Ist nun aber dem Vorstand im Interesse der juristischen Person eine besonders verschärfte Kontrole vorgeschrieben, so bildet das lediglich ein Internum der Verwaltung, welches zwar den Vorstand jener gegenüber verantwortlich macht, aber die Pflichten der Korporation Dritten gegenüber nicht erhöht. Würde doch andernfalls die juristische Person erheblich schlechter gestellt als jeder andere Kassenherr.

Dies ist an sich richtig — aber vielleicht hat der Beamte der juristischen Person gerade in Berücksichtigung der schärferen Kontrolbestimmungen bei dieser die Bürgen gefunden. Ging der animus obligandi der letzteren nur so weit, für die trotz korrekter Kontrole entstehenden Defekte zu haften, so würden sich dieselben allerdings auf derlei Nachlässigkeiten berufen können. Im vorliegenden Fall kam nun freilich in Betracht, daß es sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft handelte — Grund genug, um den Verbürgungswillen in weitgehender Weise interpretiren zu dürfen

4. Ende der Obligationen.

Ueber die Erfüllung handelt das Urtheil des C.-S. I vom 26. März 1892.[69]) Ist das Zahlungsgeschäft beendet, ohne daß Parteien eine Bestimmung darüber getroffen haben, auf welche der verschiedenen Forderungen die nicht zur Deckung aller ausreichende Zahlung angerechnet werde, so tritt die gesetzliche Regel (l. 3, 4 D. de solut. 46, 1) in Kraft, so daß die danach als gezahlt anzusehende Forderung erloschen ist. Ist das die verbürgte Schuld, so kann sich der Bürge darauf berufen, auch wenn Parteien später eine andere Abrede getroffen haben.

Räumt der klagende Gläubiger, heißt es in dem Erkenntniß des

[68]) Entsch. Bd. 29 Nr. 36 S. 141; Erk. des C.-S. III vom 31. Mai 1892.
[69]) Entsch. Bd. 29 Nr. 29 S. 110.

Digitized by Google

E.-S. VI vom 25. Juni 1891,[70]) den Empfang einer Zahlung und daß dieselbe zur Begleichung seiner Forderungen gemacht wurde, ein, so braucht nunmehr der Schuldner nicht noch darzuthun, daß die Zahlung der Klageforderung gegolten habe, vielmehr ist dies ohne Weiteres anzunehmen, solange Gläubiger nicht beweist, daß ihm noch andere Forderungen an den Schuldner zustehen.

Ueber die datio in solutum verbreitet sich die Entscheidung des E.-S. VI vom 5. März 1891:[71]) „daß bei einer argliftigen Täuschung des Gläubigers über den Werth das an Zahlungsstatt gegebenen Gegenstandes die ursprüngliche Forderung fortbestehe, wenn nicht der Schuldner den Werthunterschied zulege, ist in l. 46 §. 2 D. XLVI, 3 ausgesprochen."

Auf die Depofition bezieht sich die bemerkenswerthe Entscheidung des E.-S. III vom 20. Januar 1891.[72]) Der Schuldner hat mit der Möglichkeit der Abtretung der Forderung zu rechnen, und wie er beim Auftreten eines einzelnen Cessionars den Cessionsakt auf seine Gefahr zu prüfen hat, so muß er auch beim Auftreten mehrerer Prätendenten, von welchen jeder an sich legitimirt erscheint, die Rechtsfrage prüfen uter sit creditor. Ergeben sich bei dieser Prüfung begründete oder auch nur erhebliche Zweifel über das bessere Recht eines Prätendenten, so erscheint es gerechtfertigt und entspricht einer verbreiteten Praxis, einen solchen Fall der rechtlichen Unsicherheit dem der faktischen Ungewißheit über die Person des Gläubigers gleich zu erachten und der Depofition befreiende Wirkung zuzuerkennen.

Dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Schuldner schon wegen jedes rechtlich noch so unbegründeten Zweifels (wegen „subjektiver Ungewißheit") die Depofition mit gleicher Wirkung zu gestatten.[73])

Der E.-S. I hatte unter dem 19. Dezember 1891 über einen Fall zu entscheiden,[74]) wo Jemandem eine Ermäßigung seiner Schuld bewilligt war gegen die als bindend angenommene Verpflichtung, bei besseren Verhältnissen Nachzahlungen zu leisten. Wann ist nun dieser Fall eingetreten? Der Gläubiger hat dabei nur die Pflicht, die Behauptung aufzustellen und in geeigneter Weise zu substantiiren, daß ein entsprechender Erwerb des Schuldners stattgefunden habe. Dem letzteren dagegen liegt es, wenn er sich auf die Vereinbarung der Belassung der Kompetenz beruft,

---

[70]) Seuffert Bd. 47 Nr. 103 S. 150.

[71]) Seuffert Bd. 47 Nr. 15 S. 28.

[72]) das. Bd. 46 Nr. 181 S. 282.

[73]) Das R.-G. schließt sich also mit Recht der Lehre Windscheid's gegenüber Jeß und Kühne (Jahrb. f. Dogm. Bd. 17) an.

[74]) Entsch. Bd. 28 Nr. 41 S. 176.

Digitized by Google

ob, die faktischen Voraussetzungen, von denen die Wirksamkeit derselben abhängt, zu substantiiren, also den Mangel von Zahlungsmitteln, das Vorhandensein anderer dringender Schulden und dergl. zu behaupten. Er muß sich also per exceptionem auf geeignete thatsächliche Momente berufen, welche einen Einblick in seine Vermögenslage gestatten, und es genügt nicht, wenn er nur allgemein seine Solvenz ableugnet.

Endlich stellt der C.-S. III im Urtheil vom 7. Oktober 1890[75]) die Regel auf, es sei die Möglichkeit nicht zu beanstanden, daß ein Kontokurrentvertrag unter zwei Parteien auch ohne ausdrückliche Abmachung geschlossen und sein Abschluß aus schlüssigen Thatsachen gefolgert werden könne.

IV. Obligationenrecht:

b) Spezieller Theil.

1. Kontrakte.

Unter den zahlreichen auf Kontrakte bezüglichen Entscheidungen heben wir zunächst die des C.-S. I vom 13. März 1891[75a]) hervor. Es handelte sich hier um den Fall, daß die Klägerin eine Prioritätsanleihe öffentlich zur Subskription angeboten, Beklagter einen gewissen Betrag gezeichnet, die fraglichen Stücke aber nicht abgenommen hatte. Das Reichsgericht führt aus, daß das Wesen des Geschäftes nur in der Ueberlassung von Inhaberpapieren in Höhe eines bestimmten Nominalbetrages zu einem bestimmten Preise zu Eigenthum gefunden, das Geschäft also nur unter den Begriff des Kaufes subsumirt werden könne. Dies selbst dann, wenn die Klägerin erst die Obligationen kreiren sollte und wollte, und die Obligationen muthmaßlich als skripturmäßigen Schuldgrund das Anlehen bezeichneten[76])

Weigert nun Beklagter die Abnahme wegen Fehlens der vorgeschriebenen Eigenschaften, so stellt sich dies als Anspruch auf Abgehen vom Vertrage dar. In solchen Fällen muß Käufer zur Begründung dieses Anspruches das Fehlen der zugesagten Eigenschaften beweisen, ohne Rücksicht darauf, ob er die Sache bereits entgegen genommen hat oder nicht.

Derselbe Senat führt in dem Urtheil vom 9. März 1892[77]) Folgendes aus:

---

[75]) Seuffert Bd. 46 Nr. 183 S. 288.

[75a]) Entsch. Bd. 28 Nr. 5 S. 29.

[76]) S. Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. 20 S. 248 ff.

[77]) Entsch. Bd. 29 Nr. 6 S. 17.

Digitized by Google

Wenn auch in der Regel für den Fall, daß dem Käufer zwischen verschiedenen Qualitäten mit besonderen Preisen die Wahl gelassen ist, eine den verschiedenen Qualitäten entsprechende Mehrheit von Käufen anzunehmen sein wird, so steht dies doch nicht der Annahme entgegen, im einzelnen Fall nach dessen Besonderheiten einen bestimmten Kauf dahin anzunehmen, daß die verkauften Quanta ungeachtet der verschiedenen Preise und Qualitäten als eine einzige Waarengattung aufgefaßt und als solche, quantitativ bestimmt, zum Gegenstande des Vertrages gemacht worden seien.

Eine dritte den Kauf betreffende Entscheidung fällte der C.-S. V unter dem 25. Oktober 1890.[78]) Dem Käufer eines Hauses waren Miethsansprüche cedirt worden, wobei er angeblich durch eine die Summe derselben zu hoch angebende Zusammenstellung getäuscht war. Hierüber wird ausgeführt: Wenn der Bemessung der Cessionsvaluta die Miethsverträge zu Grunde lagen und der Kläger in Folge einer betrügerischen Vorspiegelung des Beklagten über die Höhe derselben dazu verleitet worden ist, diesem für die Abtretung seiner Rechte einen höheren Preis als sonst zu bewilligen, so ist er hierdurch um denjenigen Betrag geschädigt, um welchen bei Zugrundelegung der wirklichen Miethsbeträge der Preis niedriger ausgefallen sein würde. Der objektive Werth des Grundstücks bleibt dabei an sich ohne Einfluß; es genügt vielmehr für die Schädigung, daß der Preis thatsächlich auf Grund der augenblicklichen Miethserträge vereinbart wurde, und daß Käufer bezüglich dieser Grundlage vom Beklagten getäuscht worden ist.

Ueber die Insinuation bei Schenkungen von Versicherungspolicen äußert sich der C.-S. VI in dem Urtheil vom 28. Dezember 1891.[79]) Als Gegenstand der Schenkung ist allerdings der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage aufzufassen. Als solcher erscheint aber in erster Linie der Anspruch auf Bezahlung des Versicherungskapitals. Es muß also zur Entscheidung der Frage nach Nothwendigkeit der Insinuation der Werth dieses Anspruches zur Zeit der angeblichen Schenkung festgestellt werden.

Auch die Entscheidung des C.-S. III vom 14. Januar 1890[80]) bezieht sich auf die Form der Schenkung. Die Fälle einer gleichzeitigen Schenkung an verschiedene Personen und verschiedener Schenkungen an dieselbe Person sind wesentlich analog zu beurtheilen. Ist daher letzteren Falls das Erforderniß der Insinuation nach der Größe der einzelnen

[78]) Seuffert Bd. 46 Nr. 87 S. 136.
[79]) Entsch. Bd. 28 Nr. 42 S. 182.
[80]) Seuffert Bd. 46 Nr. 94 S. 149.

Digitized by Google

Schenkung zu bemessen, so scheint dem Willen des Gesetzgebers auch die gleiche Behandlung des ersteren Falles zu entsprechen.

Wir halten das für richtig, wenn jedem Beschenkten etwas Selbstständiges zugetheilt wird; nicht aber, wenn das Hingegebene dem Schenker bislang als ein Einheitliches zustand.[81])

Ein interessanter Rechtsfall lag der Entscheidung des C.-S. 1 vom 4. November 1891[82]) zu Grunde. Ein Quantum Zucker sollte mit einem bestimmten Schiff versendet werden, der Frachtführer benutzte demungeachtet ein anderes, das auch glücklich den Bestimmungsort erreichte, während das andere Schiff unterging. Kläger machte nun einen Schadensersatzanspruch geltend, da ihm dadurch die Versicherungssumme entgangen sei, während andererseits der angekommene Zucker durch Nässe gelitten habe. Das Reichsgericht führt hier, in der Sache u. E. sehr zutreffend, nur mit etwas unklarer Begründung, aus: Eine Ersatzklage könne auf schadenbringende Ereignisse, welche das vereinbarte Schiff betroffen hätten und aus welchen der Befrachter Vortheil ziehen konnte, nicht gestützt werden. Einer solchen Klage stehen die Grundsätze über die Vertragserfüllung und die über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung entgegen. Durch den neben dem Frachtvertrage abgeschlossenen Versicherungsvertrag erlange der Kläger einen durch den Verlust des versicherten Gutes bedingten Anspruch gegen den Versicherer, nicht aber auch einen solchen darauf, daß dieser mit dem bedungenen Schiff den Eintritt der Bedingung herbeiführe.

In die Materie der locatio conductio gehört nicht minder die Entscheidung des C.-S. III vom 22. Januar 1892.[83]) Ein abgeschlossener Dienstvertrag sollte als aufgelöst gelten, sobald der Bedienstete „eine andere Stelle (als Braumeister) gefunden haben würde." Diese Bedingung ist nach dem Reichsgericht nicht erfüllt, wenn der Dienstherr dem Bediensteten einseitig kündigt und dieser sich dann eine andere, minder einträgliche Stelle verschafft. Vielmehr ist der Lohn während der vereinbarten Zeit nachzubezahlen, weil

> „der Anstellungsvertrag nicht durch den Eintritt der Bedingung verabredungsgemäß gelöst, sondern durch das einseitige Vorgehen der Beklagten thatsächlich aufgehoben ist."

---

[81]) In casu handelt es sich um Schenkung eines Sparkassenbuches; ich möchte hier für die erste Alternative entscheiden, da der Intention des Gebers nach die Schenkung des Buches doch in Wahrheit eine solche der fraglichen Gelder sein sollte und das Buch keinen selbstständigen Werth hat.

[82]) Entsch. Bd. 28 Nr. 36 S. 159.

[83]) Seuffert Bd. 47 Nr. 268 S. 410.

Digitized by Google

Von besonderer Wichtigkeit und Interesse ist die trefflich begründete Entscheidung des C.-S. VI vom 9. März 1891.[84]) Jeder Vertrag, heißt es hier, verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich nach den Bestimmungen und der Natur des Vertrages, nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Inhalt der Verbindlichkeit ergiebt. Da speziell der Vertrag mit dem Dienstboten eine bonae fidei-Qualität besitzt, gilt auch für ihn der Satz, daß jeder Kontrahent einen durch sein Verschulden dem Anderen bei Ausführung des Vertrages entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Auch abgesehen vom Reichshaftpflichtgesetz muß der Dienstherr somit für die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit seiner Dienstboten sorgen. Er haftet dabei für culpa levis und darf insbesondere dem Arbeiter keine Thätigkeit zumuthen, gegen deren Gefahren nicht die nöthigen Schutzvorrichtungen getroffen sind. Dies umsomehr, als der Arbeiter nach der Natur des Vertrages streng an die Befehle des Herrn gebunden ist. Der Arbeiter braucht beim Vertragsschluß darüber keineswegs besondere Abrede zu treffen, zumal bei ihm eine damalige Kenntniß dieser Gefahren nicht unterstellt werden darf.

Die Beweislast anlangend, ist bei Verletzungen durch eine Maschine der Kausalzusammenhang schon anzunehmen, wenn der Arbeiter bei der ihm aufgetragenen Arbeit an der nicht mit den nöthigen Schutzvorrichtungen versehenen Maschine verunglückt, und nach dem normalen Verlauf der Dinge anzunehmen ist, daß die Nichtherstellung der Anlage für den Schaden kausal war. Es bedarf dann hierfür nicht der weiteren schwierigen und oft unmöglichen Beweise.

Drei weitere Erkenntnisse beziehen sich auf das Reichshaftpflichtgesetz.[85]) In der ersten heißt es: Wenn zum Zwecke der Weiterbeförderung der Reisenden durch einen Beamten außerordentlicher Weise ein Umsteigen angeordnet wird, so ist dies zweifellos durch mit dem Bahnbetrieb zusammenhängende Umstände veranlaßt worden. Ein Unfall also, den ein Reisender bei solchem Umsteigen erlitt, ist im Sinne des §. 1 R. H.-Pfl.-G. als beim Bahnbetriebe und während der Reise erfolgt anzusehen.

In der zweiten kommt §. 7 des Gesetzes in Frage — kann ein im Dienst verunglückter Eisenbahnschaffner wegen vereitelter Aussicht auf dienstliche Beförderung eine Erhöhung seiner Rente fordern? Einem solchen Anspruch würde im Allgemeinen der Grundsatz entgegenstehen,

[84]) Seuffert Bd. 46 Nr. 255 S. 398.

[85]) Seuffert Archiv Bd. 47 Nr. 30 S. 49 und Bd. 46 Nr. 192 S. 304 C.-S. III vom 22. Mai 1891, bezw. C.-S. VI vom 19. Januar 1891.

Digitized by Google

daß nur solche günstige Verhältnisse der Zukunft zu berücksichtigen, sind, welche zur Zeit des Unfalls in sicherer Aussicht standen, deren Verwirklichung aber gerade durch den Unfall ausgeschlossen wurde. Bloße entfernte Möglichkeiten dagegen sind nicht zu berücksichtigen und zu ihnen gehört in der Regel die Beförderung eines Beamten. Anders indeß bei Subalternen, wenn die Beförderung in verwandte, wenig verschiedene Stellungen erfolgt und die Zeitgenossen der betreffenden Kategorie die höhere Stellung bereits erreicht haben. Werden hier doch keine besonderen, sondern nur die allgemeinen Vorbedingungen, als bestandenes Examen, Dienstalter, gute Führung, gefordert.

Für sehr bedenklich, halten wir die letzte Entscheidung (E.-S. VI vom 24. März 1892, Entscheidungen Bd. 29 Nr. 13 S. 42). Danach ist unter Körperverletzung oder Unfall im Sinne des §. 2 des Gesetzes nur eine solche Beschädigung des Körpers zu verstehen, welche durch ein mit dem Betriebe in Verbindung stehendes, ihn in außergewöhnlicher Weise unterbrechendes Ereigniß verursacht wird. Eine Reihe von nicht auf ein solches zurückzuführenden, vielmehr auf einen langen Zeitraum sich vertheilenden Einwirkungen, durch deren Fortsetzung und Zusammenhang erst allmählich die Gesundheitsbeschädigung entsteht, können nach Ansicht des Reichsgerichtes nicht als solche Körperverletzungen aufgefaßt werden.

2. Deliktsobligationen.

Aus der Lehre von den Deliktsobligationen kommen zunächst mehrere auf die actio legis Aquiliae bezügliche Erkenntnisse in Betracht. Die eine[86]) stellt den u. E. sehr billigenswerthen Grundsatz auf, daß eine Anstiftung zur Beschädigung von mehreren Personen unabhängig von einander geschehen kann. Der Kausalzusammenhang zwischen der That und der Einwirkung des Anstifters wird dadurch nicht aufgehoben, daß andere selbstständige Umstände, wie die Thätigkeit eines ferneren Anstifters, auf den Willen des Thäters einen mitbestimmenden Einfluß ausübten. Denn auch die Anstiftung, welche allein zur Bestimmung dieses Willens nicht genügt, kann in der den Entschluß des Thäters begründenden Kombination fortgewirkt und so für denselben eine ausschlaggebende Bedeutung gehabt haben. Auch wird hierdurch nicht die That des einen dem andern Anstifter angerechnet — der Einzelne haftet nur für seine That, für deren Erfolg aber in vollem Umfange. Wollte doch auch Jeder den ganzen Erfolg, und entzog es sich seiner Kontrole, wie sein Einfluß weiter

[86]) Entsch. Bd. 28 Nr. 38 S. 166, Erkenntniß vom 11. Dezember 1891, E.-S. III.

Digitized by Google

wirkte. Ein etwaiges konkurrirendes Verschulden Dritter ist daher für seine Haftung gleichgültig.

Ueber die Beweislast bei dieser Klage verbreitet sich der C.-S. III im Erkenntniß vom 27. Mai 1892.[87]) Es bedürfe nicht immer einer Aufklärung des ursächlichen Zusammenhangs in allen seinen Gliedern; dieser könne vielmehr als feststehend angenommen werden, auch wenn der konkrete Hergang nicht festgestellt sei und verschiedene Alternativen offen blieben. Denn der Richter könne zum Beweise nicht nur durch positive Feststellung der Gliederreihe von deren erster Ursache bis zum Erfolg, sondern auch durch die negative Feststellung gelangen, daß nach der menschlichen Erfahrung mit Rücksicht auf die Sachlage, insbesondere den Grund der Gefährlichkeit der Handlung, eine Verursachung durch anderweitige Faktoren ausgeschlossen erscheine. Zum Beweise des Fehlens einer anderweitigen Verursachung sei nur erforderlich, daß ein zu unterstellendes Eingreifen unbestimmter fremder Faktoren außerhalb einer jeden Erfahrung liegen würde.

In ähnlichem Gedankenkreise bewegt sich die Entscheidung des C.-S. VI vom 21. März 1892.[88]) Man darf, heißt es hier, den geforderten ursächlichen Zusammenhang zwischen Versehen und Schaden nicht in einem rein mechanischen Sinne auffassen, so daß ein solcher Zusammenhang ohne Weiteres ausgeschlossen sein würde, wenn eine auf freiem Entschluß beruhende Thätigkeit des Beschädigten dazwischen getreten ist. Eine solche Auffassung würde den Lebensverhältnissen nicht gerecht werden. Hat Jemand durch seine Schuld eine Situation herbeigeführt, in welcher ein Anderer zu einem Eingreifen zwecks Rettung des Lebens, der Gesundheit oder werthvoller Güter eines Andern rechtlich oder moralisch genöthigt wird, so kann der für die Entstehung der Gefahr Verantwortliche sich der Haftung für den bei den Rettungsversuchen entstandenen Schaden nicht entschlagen.

Wir müssen diese Grundsätze im Wesentlichen billigen, sind auch der Ansicht, daß die Entscheidung des hier in Frage stehenden Falls durchaus richtig ist. Dies im Gegensatz zu den neuerdings von Endemann[89]) aufgestellten Bedenken, die u. E. auf einer nicht ganz zutreffenden und zu engen Auffassung der Kausalität beruhen.

In die Lehre von der aquilischen Haftung gehört auch die Ent-

---

[87]) Entsch. Bd. 29 Nr. 35 S. 139.

[88]) Entsch. Bd. 29 Nr. 31 S. 120.

[89]) in seiner Schrift: „Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation durch den körperlich Verletzten", Berlin, C. Heymann 1893, S. 33 ff.

Digitized by Google

scheidung des C.-S. III vom 29. April 1890.[90]) Wenn Jemand in einer Irrenanstalt untergebracht war und durch Selbstmord bei etwaigem Verschulden der Anstaltsbeamten umgekommen ist, so kann, wenn überhaupt, nur die Aquilische, nicht die Vertragsklage zum Ziele führen. Denn auch wenn die klagenden Kinder des Verstorbenen als dessen Erben angesehen werden, erscheint es ausgeschlossen, mit dem Hinweis auf die Rechte des Erblassers Ansprüche wegen eines Schadens zu begründen, die nicht diesem, sondern den Erben erwachsen sein und aus den persönlichen Verhältnissen der letzteren deduzirt werden sollen.

Nicht uninteressant war der Fall, über den der C.-S. II vom 29. April 1892[91]) zu entscheiden hatte. Die Klägerin, welche den ausschließlichen Vertrieb von Cigaretten der türkischen Regie für Baden hatte, klagte gegen eine in Hamburg domizilirte Cigarettenfirma auf Unterlassung der Führung der Firma „Sossidi frères de Constantinople". Das Reichsgericht wies die Klage ab auf Grund des Markenschutzgesetzes, welches dieser Materie eine einheitliche und erschöpfende Regelung verliehen habe. Gegen den bloßen Gebrauch einer falschen Ortsbezeichnung als Zusatz zur eigenen, an sich nicht beanstandeten Firma bei Bezeichnung ihrer Fabrikate ist kein gesetzlicher Schutz gewährt. Der Versuch, in einem Rechtsgebiet, in welchem im Allgemeinen Klagen wegen unredlicher Konkurrenz auf Grund des Art. 1382 Code civil möglich sind, eine solche Gefährdung der Klägerin durch die erwähnte Waarenbezeichnung des Beklagten mittelst einer Deliktsklage für die Zukunft zu verhindern, kann daher keinen Erfolg haben.

Die bekannte Frage nach der rechtlichen Wirkung der außerkontraktlichen Empfehlung hatte der C.-S. I am 25. März 1891[92]) zu erörtern. Nach Gemeinem Recht haftet hier der Empfehlende nur für dolus, nicht culpa, selbst nicht culpa lata. Zum Nachweis des dolus braucht aber nicht unbedingt das Bewußtsein des Empfehlenden dargethan zu werden, daß die gemachten Angaben mit der Wahrheit nicht übereinstimmten. Vielmehr ist die dazu genügende subjektive Wahrheitswidrigkeit auch dann vorhanden, wenn der Empfehlende in positiver Form Angaben macht, von deren Richtigkeit er nicht überzeugt ist. Sind diese unrichtig, und ist durch sie eine Schädigung des Empfängers der Auskunft herbeigeführt, so ist die actio de dolo begründet. Denn das für den dolus

[90]) Seuffert Bd. 47 Nr. 29 S. 46.
[91]) Entsch. Bd. 29 Nr. 18 S. 57.
[92]) Seuffert Bd. 46 Nr. 258 S. 407.

Digitized by Google

im civilistischen Sinne ausreichende Bewußtsein von der Möglichkeit einer Schädigung ist auch hier vorhanden.

Hinsichtlich des interdictum quod vi aut clam wird in einem Erkenntniß des C.-S. III vom 27. Oktober 1891[93]) ausgeführt, es sei nach den Gesetzen — namentlich l. 11 §. 14 D. XLIII, 24 und l. 21 D. XXXIX, 3 — davon auszugehen, daß der Kläger zur Begründung des int. qu. v. ein Rechtsverhältniß darlegen und erweisen müsse, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Unrechtmäßigkeit der wider das eingelegte Verbot vorgenommenen Handlung ergiebt. (cf. Windscheid II. §. 465 Nr. 3; Dernburg I. §. 234 Nr. 1). Diese Anschauung ist u. E. kaum ganz einwandsfrei; ein näheres Eingehen darauf würde uns indeß zu weit führen.

3. Anfechtungsrecht.

Die Zahl der auf das Anfechtungsrecht in und außerhalb des Konkurses bezüglichen Entscheidungen ist so groß, daß wir ihnen eine besondere Nummer widmen müssen.

Zunächst ist eines Urtheils des C.-S. II vom 29. Dezember 1891[94]) zu gedenken, das sich über das Verhältniß des Reichsrechtes zum bisherigen Partikularrecht verbreitet. Zweifellos können nach der Konkurseröffnung Anfechtungen nur noch vom Verwalter nach der Konkursordnung vorgenommen werden. Aber auch die Anfechtung außerhalb des Konkurses durch einzelne Gläubiger regelt sich nur nach den Bestimmungen des Reichs-Anfechtungsgesetzes. Hierin sind freilich die bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften nicht ausdrücklich aufgehoben; ihre Beseitigung ergiebt sich aber daraus, daß durch dies Gesetz das Anfechtungsrecht für das ganze Reichsgebiet einheitlich und erschöpfend geregelt und die Anfechtbarkeit außerhalb des Konkurses mit den für diesen gegebenen Grundsätzen in Einklang gebracht werden sollte.

In ganz ähnlicher Weise führt der C.-S. VI im Erkenntniß vom 16. März 1891 aus,[95]) das Anfechtungsgesetz gewähre für die Annahme, daß neben ihm die Vorschriften der verschiedenen Landesgesetze anzuwenden seien, keinen Anhalt.

Die Entscheidung vom 13. März 1890 des C.-S. VI[96]) geht auf die Voraussetzungen der Anfechtung ein. Der §. 2 des R.-A.-G. mache diese nur davon abhängig, daß die Zwangsvollstreckung in das

[93]) Entsch. Bd. 28 Nr. 39 S. 169.
[94]) das. Bd. 28 Nr. 29 S. 135.
[95]) Seuffert Bd. 46 Nr. 261 S. 410.
[96]) das. Bd. 46 Nr. 97 S. 153.

Digitized by Google

Vermögen des Schuldners zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht geführt habe und voraussichtlich nicht führen werde, nicht auch davon, daß eine anderweitige Sicherstellung der Forderung nicht vorhanden sei. (Eine Kaution z. B. schließt also die Anfechtung nicht aus.)

Ueber die Benachtheiligung der Gläubiger führt der C.-S. VI im Urtheil vom 5. Februar 1891[97]) Folgendes aus: Der §. 23[1] K.-O. setzt seinem Wortlaut nach voraus, daß die Konkursgläubiger „durch die Eingehung" der anzufechtenden Rechtsgeschäfte benachtheiligt worden sind. Es genügt daher nicht, wenn die Benachtheiligung der Konkursgläubiger erst nach Eingehung des Geschäfts durch die späteren Schicksale der Gegenleistung, insbesondere durch Verfügungen des Gemeinschuldners darüber, erfolgt ist. Der Umstand, daß der Kaufpreis vom Gemeinschuldner nicht in die Masse abgeführt ist, kann daher zur Anfechtung nicht ausreichen.

Der Kreis der nach dem Reichs-Anfechtungsgesetz anfechtbaren Rechtshandlungen, so führt der C.-S. III im Urtheil vom 15. Mai 1891 aus,[98]) ist auch, soweit in dessen §. 3 die Bestimmungen der §§. 24 und 25 der Konkursordnung wörtlich übertragen sind, nothwendig ein wesentlich engerer, als nach diesen. Die Konkursgläubiger werden schon durch die Vermehrung der Passivmasse, Begründung von Verbindlichkeiten benachtheiligt. Außerhalb des Konkursverfahrens dagegen wird der Einzelgläubiger nicht durch Eingehung von Verbindlichkeiten, sondern nur durch Minderung des Aktivvermögens des Schuldners geschädigt.

In derselben Entscheidung heißt es weiterhin: Auch reine Erfüllungsgeschäfte, wie Geldzahlungen, Lieferungen geschuldeter Sachen, können unter die anfechtbaren Rechtshandlungen fallen. Insbesondere sind als „entgeltliche Verträge" auch dingliche (Traditionen) zu bezeichnen. Steht nun aber andererseits fest, daß die angefochtene Handlung eine reine Schulderfüllung ist, so wird damit die Präsumtion aus dem Verwandtschaftsverhältniß des Gegners an sich widerlegt, und Sache des Anfechtenden ist es, Umstände darzuthun, aus denen sich ergiebt, daß der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung nicht so sehr seiner Verpflichtung hat nachkommen, als vielmehr seine Gläubiger hat schädigen wollen.

In ganz ähnlichem Gesichtskreise bewegt sich die Entscheidung des C.-S. VI vom 25. Juni 1891.[99]) Die absichtliche Benachtheiligung der Gläubiger muß eine unerlaubte sein. Hierzu genügt zwar das Handeln

[97]) Entsch. Bd. 27 Nr. 23 S. 98.
[98]) Entsch. Bd. 27 Nr. 30 S. 130.
[99]) Seuffert Bd. 47 Nr. 197 S. 286.

Digitized by Google

des Schuldners in rechtswidriger Absicht; wo aber diese nicht vorhanden und die Handlung selbst erlaubt ist, kann das Bewußtsein des Schuldners, daß durch die Handlung andere Gläubiger geschädigt und ihre Befriedigung vereitelt werde, die Anfechtung nicht begründen. Wird dem Gläubiger das gewährt, was er zu fordern hatte, der Schuldner also leisten mußte, so kann von rechtswidriger Absicht des letzteren nicht schon dann die Rede sein, wenn er nur seiner Verpflichtung genügt. Solche Absicht ist vielmehr nur ausnahmsweise anzunehmen, etwa wenn der Schuldner lediglich den Zweck verfolgte, einem andern die gebührende Befriedigung zu entziehen.

Auch wo es sich nicht um eigentliche solutio handelte, kommt es darauf an, ob Schuldner die fragliche Sicherung (in casu Pfandbestellung) ohne unerlaubte Handlung gegen andere Gläubiger gewähren durfte. Nun darf jeder Gläubiger sich ein Exekutionspfand schaffen. Aber auch die Erlangung eines Vertragspfandes beruht in solchen Fällen nicht nothwendig auf unerlaubten Handlungen. Auch hier genügt das Bewußtsein von der etwaigen Benachtheiligung der Gläubiger nicht, um die darauf gerichtete Absicht zu ersetzen. Es muß vielmehr noch ein Mehreres hinzutreten — sei es, daß die Zahlung einem andern Gläubiger die Befriedigung entziehen sollte, sei es, daß der Schuldner einen Zusammenbruch seines Vermögens voraussah.

Die Frage der Anfechtung einer Erbschafts-Ausschlagung hatte der C.-S. VI im Urtheil vom 22. Mai 1890[100]) zu erörtern. Sie soll als bloßer Nichterwerb der Anfechtung nicht unterliegen. Zwar könne an sich eine Ausschlagung als „Handlung" angesehen werden. Aber nach §. 30[1] der Konkursordnung (§. 7[1] A.-G.) stehe dem Anfechtenden nur ein Anspruch auf Rückgewährung dessen zu, was durch die fragliche Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weg- oder aufgegeben sei, die bezüglichen Bestimmungen paßten also auf Ablehnungen eines Erwerbes überhaupt nicht.

Den Begriff der Entgeltlichkeit bespricht C.-S. II unter dem 3. Mai 1892.[101]) Hierunter fallen danach alle vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Verträge, soweit sie nicht als unentgeltliche Verfügungen desselben anzusehen sind. Demgemäß können Verpfändungen ebenso wie Vereinbarungen über Hingabe an Zahlungsstatt nach §. 24[2] der Konkursordnung als „entgeltliche Verträge" angefochten werden.

---

[100]) Seuffert Bd. 46 Nr. 259 S. 408.

[101]) Entsch. Bd. 29 Nr. 73 S. 300.

Digitized by Google

Das Erkenntniß des C.-S. III vom 12. Februar 1892[102]) geht auf den Charakter der Bereicherung ein. Was hierunter im Sinne des §. 30[2] der Konkursordnung zu verstehen sei, soll nach Landesrecht zu beurtheilen sein, da die Konkursordnung ebensowenig wie andere Reichsgesetze diesen Begriff angeben oder für seine Definition Anhaltspunkte darbieten. Jedenfalls ist nicht ohne Weiteres als Bereicherung anzusehen, wenn Jemand das, was er zu fordern hat, von einem Dritten erhält, wenigstens soweit er seinem Schuldner gegenüber ein klagbares Recht und die Aussicht auf prompte Befriedigung hatte. Denn dieser Betrag bildet ein zweifelloses Aktivum seines Vermögens, so daß in dem Haben und Empfangen desselben, gleichviel aus wessen Mitteln, keine Vermögensvermehrung, also keine Bereicherung gefunden werden kann.

Dies ist u. E. richtig — freilich nur, soweit auch der ursprüngliche Schuldner zahlungsfähig, das nomen also bonum war.

Der Umfang des Rückerstattungsanspruches wird besprochen im Erkenntniß des C.-S. VI vom 27. Oktober 1890.[103])

Jemand hatte sub conscientia fraudis vom Gemeinschuldner ein Grundstück erworben und es einem Verwandten desselben mit Vortheil weiter verkauft. Das Reichsgericht führt aus: Ein Grund, welcher die Klägerin zum Einfordern der Herausgabe dieses Gewinns an sich berechtigte, sei nicht zu erkennen. Denn es erstrecke sich der Rückgewähranspruch des Anfechtenden nur auf dasjenige, was aus dem Vermögen des Schuldners fortgekommen sei, nicht aber daneben auf eine Bereicherung, welche der Empfänger in Folge der anfechtbaren Zuwendung für sich erlangte. Zweck und Umfang des Anfechtungsanspruches seien dadurch deutlich gekennzeichnet, daß nach §. 7 A.-G. der anfechtende Gläubiger, soweit es zu seiner Befriedigung nöthig sei, beanspruchen könne, daß das durch die anfechtbare Handlung aus dem schuldnerischen Vermögen Weggegebene als noch zu demselben gehörig vom Empfänger zurückgewährt werde.

Im Erkenntniß des C.-S. VI vom 12. März 1891[104]) wird die Frage behandelt, wann der Anfechtungsanspruch rechtshängig werde, sodaß die Frage nach der Verjährung desselben danach zu beurtheilen sei? Dies soll der Fall sein, auch wenn derselbe einredeweise bei Gericht geltend gemacht wird; eine solche „Geltendmachung" erfolgt im ordentlichen Verfahren in der mündlichen Verhandlung.

---

[102]) Das. Bd. 29 Nr. 1 S. 1.
[103]) Entsch. Bd. 27 Nr. 6 S. 21.
[104]) Seuffert Bd. 46 Nr. 260 S. 409.

Digitized by Google

V. Familienrecht.

Ueber die Sponsalien verbreitet sich das Urtheil des C.-S. VI vom 11. Januar 1892.[105]) Das Verlöbniß hat eine doppelte Seite, eine familien- und eine obligationenrechtliche. Im ersteren Sinne kann es allerdings nur von einem Unverheiratheten eingegangen werden. Aber dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß das Verlöbniß eines Ehemannes, insofern es Eheversprechen, also obligatorischer Vertrag, ist, Rechtswirkungen haben kann. Dürfe man auch vielleicht sagen, ein solches Eheversprechen gehe hier auf etwas objektiv Unmögliches, so sei damit nicht ausgeschlossen, daß der Mann, der wissentlich dieses unmögliche Versprechen einer nicht wissenden Frauensperson gegeben habe, zum Ersatze wenigstens des negativen Interesses verpflichtet werde.

Laut desselben Erkenntnisses können auch einer unbescholtenen geschiedenen Frau nach einem unzweifelhaft festgestellten Gewohnheitsrecht Ansprüche wegen Verführung nicht versagt werden.

In die Lehre von der Ungültigkeit der Ehe gehört das Urtheil des C.-S. III vom 13. Januar 1891.[106]) Eine vor dem Eheschluß vorhandene, dem andern Theil unbekannt gebliebene, vorübergehende Geistes- oder Gemüthsstörung eines Gatten kann für sich allein oder in Verbindung mit späteren Störungen nicht als ausreichend zur Ehetrennung erachtet, oder gar eine Ehe für ungültig erklärt werden, bei welcher ein Gatte mit der Anlage zur Geisteskrankheit erblich belastet war und in Folge besonderer Veranlassungen vor und nach Eingehung der Ehe zeitweilig geistig erkrankte. Denn solche Anlagen und Störungen gefährden keineswegs immer das Wesen der Ehe.

Ueber die Pflicht zum ehelichen Zusammenleben äußert sich der C.-S. VI unter dem 17. Dezember 1891[107]) wie folgt: Die Pflicht der Ehefrau, die Wohnung des Mannes zu theilen, schließt der Natur der Sache nach Unterbrechungen aus mancherlei wichtigen Gründen nicht aus. Hierzu gehört die zur Erfüllung eines mit Genehmigung des Ehemannes eingegangenen Vertrages erforderliche Abwesenheit.

Ueber dasselbe Thema führt C.-S. III im Urtheil vom 16. Oktober 1891[108]) aus: Der Einwand der Krankheit der Frau gegen die Klage auf eheliche Folge, die sie abgesehen davon als berechtigt anerkennt, gehört in die Vollstreckungsinstanz, indem Kläger begehren darf, daß sein in der Klage verfolgtes Recht urtheilsmäßig zur Geltung gebracht werde.

[105]) Entsch. Bd. 29 Nr. 26 S. 97.
[106]) Entsch. Bd. 27 Nr. 38 S. 158.
[107]) Seuffert Bd. 47 Nr. 202 S. 294.
[108]) das. Bd. 47 Nr. 116 S. 168.

Digitized by Google

Ein Erkenntniß des C.-S. III vom 17. Mai 1892[109]) befaßt sich mit der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau. Es muß danach für das Geltungsgebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft als geltender Rechtssatz anerkannt werden, daß nicht die Handlungsfähigkeit der Frau beschränkt ist, sondern nur die Dispositionsbefugniß in dem Sinn, daß der Ehemann die seiner Verwaltung unterstehende gemeinschaftliche Masse nicht zur Deckung der von der Frau während der Ehe kontrahirten Schulden preiszugeben verpflichtet ist. Die Ehefrau kann sich daher auch während der Ehe gültig verpflichten, klagen und verklagt werden, und den Gläubigern ist es unbenommen, ihre Befriedigung demnächst aus dem aus der Gemeinschaft zurückgegebenen Vermögen zu suchen.

Eine große Zahl von Entscheidungen bezieht sich speziell auf das Recht der Ehescheidung. Nach katholischem Eherecht, so führt das Urtheil des C.-S. III vom 13. Januar 1891 aus,[110]) gilt als zureichender Grund der Scheidung von Tisch und Bett nur die wirklich vollzogene ehebrecherische fleischliche Vermischung, mag sie nun in naturgemäßer oder naturwidriger Ordnung (Sodomie) stattgefunden haben; nicht genügen dazu gewisse andere zur Erregung der Geschlechtslust vorgenommene Handlungen.

Derselbe Senat führt im Erkenntniß vom 19. September 1890[111]) Folgendes aus: Wenn nach vorgenommener Trennung von Tisch und Bett auf Scheidung erkannt werden soll, so bedarf es neuer rechtfertigender Umstände. Andererseits brauchen diese nicht nothwendig solche zu sein, welche einen rechtlich anerkannten selbstständigen Scheidungsgrund enthalten. So, wenn von neuer zeitweiliger Trennung keine Versöhnung zu erwarten steht und die mittelst solcher Maßnahmen zu bezweckende Folge von vornherein als unerreichbar erscheint.

In einem Erkenntnisse desselben Senates vom 8. Mai 1891[112]) heißt es ferner: Die Maßregel der zeitweisen Trennung von Tisch und Bett ist zwar vorzugsweise gemeinrechtlich eine die Aussöhnung der Gatten vorbereitende Maßnahme. Dies jedoch nicht immer und ausschließlich; vielmehr wird sie auch bei leichteren Mißhandlungen und vorübergehenden Störungen des ehelichen Zusammenlebens ausgesprochen, um die Gemüther zu beruhigen und den schuldigen Gatten zu verwarnen. Der Nachweis einer wahrscheinlichen Versöhnung ist also dafür nicht erforderlich.

---

[109]) Entsch. Bd. 29 Nr. 33 S. 134.
[110]) das. Bd. 27 Nr. 37 S. 156.
[111]) Seuffert Bd. 46 Nr. 265 S. 416.
[112]) Seuffert Bd. 47 Nr. 35 S. 53.

Digitized by Google

Im Erkenntniß vom 14. November 1890 stellt der C.-S. III[113]) den beachtenswerthen Grundsatz auf, daß böswillige Verlassung auch vorliegen kann, wenn das ursprüngliche Motiv der Entfernung ein anderes war. Denn zur Ehescheidung aus diesem Grunde wird nur erfordert, daß der sich vom andern entfernt haltende Gatte beharrlich die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verweigerte, sowie daß die gegen ihn angewendeten Zwangsmaßnahmen seinen Widerspruch zu brechen nicht im Stande waren.

Ueber denselben Ehescheidungsgrund äußert sich das Erkenntniß des C.-S. III vom 13. Juni 1890.[114]) Nachdem die Voraussetzungen der Ehescheidung einmal gegeben waren, reicht die Thatsache, daß die Beklagte mit dem Willen des Klägers und auf dessen Antrag zurückkehrt, allein nicht zur Annahme einer die Scheidungsklage ausschließenden Verzeihung aus.

Der C.-S. VI führt im Urtheil vom 24. September 1891[115]) aus, sowie der kompensationsweise geltend gemachte Einwand des Ehebruchs seine rechtliche Wirkung geübt habe und damit gewissermaßen konsumirt sei, könne dieser Einwand im neuen Verfahren und gegenüber einer neuen Scheidungsklage des einen oder andern Theils nicht mehr wirksam opponirt werden.

Bei der Kompensation ferner kommt es nicht auf die Zahl der Ehebrüche des einen oder anderen Theils an, sondern nur darauf, ob vor der richterlichen Entscheidung des Streits die eheliche Treue von den Gatten gebrochen wurde oder nicht.

Speziell für das gemeine jüdische Eherecht heißt es im Urtheil desselben Senats vom 9. November 1891,[116]) daß nicht schon einmaliger Ehebruch, wohl aber dauernder ausschweifender Lebenswandel des Mannes unbedenklich als Scheidungsgrund anzusehen sei.

Eine letzte Entscheidung — C.-S. III vom 8. Juli 1890[117]) — führt aus, daß die Ehescheidung die Wirkung der Ehestiftung auch bez. des darin zu Gunsten des Ehegatten bedungenen Erbrechts aufhebe. Das Gleiche ist mangels besonderer entgegenstehender Umstände rücksichtlich der in einem solchen Erbvertrage bez. der Erbrechte Dritter, namentlich der Kinder, getroffenen Bestimmungen anzunehmen.

Endlich sei einer das Kindesrecht betreffenden Entscheidung ge-

[113]) das. Bd. 46 Nr. 197 S. 313.
[114]) Seuffert Bd. 47 Nr. 199 S. 289.
[115]) Das. Nr. 114 S. 166.
[116]) Das. Nr. 201 S. 293.
[117]) Das. Bd. 46 Nr. 105 S. 166.

Digitized by Google

dacht.[118]) Dem Vater liegt in erster Linie die Alimentationspflicht für die ehelichen Kinder ob, und an dieser Pflicht kann dem Kinde gegenüber auch durch Streitigkeiten, welche zwischen den Eltern über seinen Aufenthalt und Erziehung entstehen, nichts geändert werden.

Wie das Maß ferner, so ist auch die Art und Form der Alimentirung je nach den konkreten Umständen eine verschiedene. So gehen bei Trennung der häuslichen Gemeinschaft die Naturalleistungen in das Surrogat einer Geldleistung über, wofern nur der Alimentationsberechtigte nicht selbst Schuld an der Trennung trägt.

VI. Erbrecht.

Mit der Frage der Konfirmation der Kodizille befaßt sich die Entscheidung des C.-S. VI vom 5. Oktober 1891.[119]) Die Bestätigung der späteren Kodizille kann nur soweit wirken, wie sie nach dem erklärten Willen des Testators reichen soll. Die Meinung, daß konfirmirte Kodizille nicht einmal durch den Willen des Testators an irgend eine bestimmte Form gebunden werden könnten, wird durch l. 6 §. 2 D. XXIX, 7 und l. 8 §. 3 D. XXXI nicht bestätigt, denn diese besagen nur, daß der Testator sich für die von ihm zu errichtenden Kodizille nicht über die allgemein erforderliche Form hinaus an Erschwerungen im Voraus binden könne.

Der Beweis eines Oralfideikommisses kann nach der Entscheidung des C.-S. III vom 30. November 1888[120]) lediglich durch Schiedseid erbracht werden. Dies indeß nur dann, wenn der Beschwerte selbst belangt wird; werden hingegen seine Erben in Anspruch genommen, so erscheinen noch andere Beweismittel zulässig. Hier kann daher z. B. zum Beweise des Oralfideikommisses ein außergerichtliches Geständniß des Beklagten genügen.

Auf die Lehre vom Universalfideikommiß bezieht sich die Entscheidung des C.-S. III vom 11. März 1892.[121]) Es muß angenommen werden, daß die l. 6 C. VI, 49 in gleicher Weise bei Vermächtnissen an Descendenten des Erblassers wie an andere Personen anwendbar ist. Daraus, daß der Gesetzgeber Descendenten den Abzug der Quart aus der Substanz des Nachlasses anderen Descendenten gegenüber gestattete,

[118]) Seuffert Bd. 46 Nr. 101 S. 159; Entsch. des C.-S. III vom 22. Februar 1890.

[119]) Entsch. Bd. 28 Nr. 33 S. 150.

[120]) Seuffert Bd. 47 Nr. 123 S. 177.

[121]) Entsch. Bd. 29 Nr. 27 S. 104.

Digitized by Google

kann geschlossen werden, daß ihnen gleiche Rechte fremden Honorirten gegenüber zustehen sollten, und daß das Verbot einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes sich lediglich darauf bezieht, daß die von der allgemeinen Regel abweichende Berechnung der Quart nicht auch zu Gunsten anderer Fiduziarerben anwendbar sein soll.

Das korrespektive Testament der Ehegatten, so führt C.-S. III unter dem 28. November 1890[122]) aus, ist gemeinrechtlich so zu beurtheilen, daß jeder Gatte für den Fall disponirt hat, daß er selbst der Längstlebende sein werde, gleichwie die gegenseitige Einsetzung für den Fall verfügt ist, daß der Verfügende zuerst versterben werde. Folglich gilt der Längstlebende als alleiniger Erbe, die gemeinsam berufenen Nacherben werden allein seine direkten Erben, nicht zum Theil Universalfideikommissare. Für den Legatar, dem letztere Legate auszahlen sollen, kann der dies cedens daher erst mit dem Tode des Längstlebenden eintreten.

Eine fernere Entscheidung (C.-S. III vom 9. Januar 1891)[123]) kommt für die Lehre von der Testamentsexekution in Betracht. Der Umfang der Befugniß eines letztwillig ernannten Testamentsvollstreckers richtet sich zunächst nach dem Willen des Testators. Hat dieser die Kompetenz nicht näher festgesetzt, so wird man sie nicht weiter ausdehnen dürfen, als es der durch die Einsetzung einer derartigen Vertrauensperson zu erreichende Zweck erfordert. Dieser Zweck besteht im Allgemeinen in der Regulirung und Vertheilung des Nachlasses. Insbesondere wird man den Exekutor nicht als Vertreter des Erben da auffassen dürfen, wo dessen Erbrecht mit der Erbschaftsklage angefochten wird.

Bei der Berechnung des Enkelpflichttheils, so bestimmt C.-S. III im Erkenntniß vom 27. November 1891,[124]) hat außer Betracht zu bleiben, was nicht die Enkel selbst, sondern ein anderer — ihr vorverstorbener Parens — vom Erblasser empfangen hat, denn auf den Pflichttheil ist nur das anzurechnen, hinsichtlich dessen die Anrechnung speziell vorgeschrieben ist. Eine solche ausdrückliche Bestimmung enthalten aber die Gesetze wenigstens über eine Einrechnungspflicht der Enkel bezüglich der ihrem Parens gegebenen Dos nicht.

Der Kreis der Konferenden ist nicht nothwendig identisch mit dem Kreise derjenigen Gegenstände, die in das Pflichttheil des Notherben eingerechnet werden müssen, cf. l. 20 C. VI, 20.

---

[122]) Das. Bd. 27 Nr. 34 S. 148.
[123]) Seuffert Bd. 46 Nr. 269 S. 423.
[124]) Entsch. Bd. 28 Nr. 37 S. 162.

Digitized by Google

Ueber die Passivlegitimation zur Erbschaftsklage bemerkt die Entscheidung des C.-S. III vom 11. Dezember 1891,[125]) selbst derjenige dürfe die Erbschaftsklage von sich ablehnen und den Erben auf die zuständigen Singularklagen verweisen, der sich auf einen vermeintlichen Titel, dessen Rechtsungültigkeit er weder kannte noch kennen mußte, zu berufen vermöge. Er hafte also insbesondere dann, wenn er auf einen simulirten Vertrag hin die fraglichen Sachen besitze.

In demselben Erkenntniß heißt es: durch den Erbvertrag sei der Erblasser nicht nothwendig in Verfügungen über sein Vermögen beschränkt, er müsse dabei aber in Treue und Glauben dem Vertragserben gegenüber handeln. Solche Dispositionen daher, die im Wesentlichen zur Vereitelung der vertragsmäßig begründeten Erbrechte getroffen sind, können vom Vertragserben angefochten werden. Vor Allem müsse dieser gegen arglistige Beeinträchtigung gesetzlich geschützt und ihm dazu sowohl die Erbschaftsklage wie die actio doli gewährt werden.

Nach der letzten in Betracht kommenden Entscheidung (C.-S. VI vom 17. Dezember 1891)[126]) erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe eines Nachlaßinventars auch auf Angabe der Nachlaßforderungen. Hieße es doch den ganzen Zweck von Inventur und Manifestation einer Vermögensgesammtheit vereiteln, wenn man Forderungen von derselben ausnehmen wolle.

---

[125]) Entsch. Bd. 28 Nr. 40 S. 172.

[126]) Seuffert Bd. 47 Nr. 208 S. 301.

Digitized by Google

6.

Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen.

Zusammengestellt von **J. Kohler.**

---

1. Zwang.

Appellhof Bastia, 6. August 1892.

Es kann als ein zur Anfechtung eines Schuldscheins genügender Zwang gelten, wenn der Unterzeichnende ein ad nutum revokabler Arbeiter ist und ihm die Entlassung für den Fall der Nichtunterzeichnung bevorsteht.

Dalloz, Recueil périodique 93. II. p. 359.

Bemerkung.

Mit Recht; gerade diese Art des Zwanges wird heutzutage eine der häufigsten sein. Auf Grund dessen erfolgt die actio quod metus causa nicht nur gegen den Zwingenden, sondern auch gegen Dritte.

2. Simulation.

a) Simulationseinrede gegen das Urtheil.

Appellhof Palermo, 5. April 1892.

Keine Partei kann ein gegen sie erlassenes Urtheil, insbesondere auch nicht ein gegen sie erlassenes Versäumnißurtheil als simulirt anfechten, wenn auch die dem Urtheil zu Grunde liegenden Wechsel simulirt waren.

Circolo giuridico XXIV, Decisioni civili p. 169.

Bemerkung.

Vergleiche hierzu meinen Ungehorsam und Vollstreckung S. 10 f. und Prozeß als Rechtsverhältniß S. 93 f.

b) Simulation im Verhältniß zu Dritten.

Französischer Kassationshof, 11. März 1890.

Die Simulation kann einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Wenn Jemand als Eigenthümer transscribirt worden

Digitized by Google

ist und bezüglich der Liegenschaft Verträge abschließt, so kann er dem Mitkontrahenten nicht entgegenhalten, daß er nur der Strohmann für Andere gewesen ist.

Dalloz, Recueil périodique 93. I. p. 369.

Bemerkung.

Richtig; dies gilt auch, wenn etwa Dritte als gestores für die Liegenschaft gehandelt hätten; als negotiorum gestores können sie den apparenten Erwerber des Grundstückes in Anspruch nehmen, sofern sie von der Simulation nichts wußten.

Vgl. auch code civil a. 1321; Schweizer Obligat. Recht a. 16.

3. Resolutivbedingung.

Französischer Kassationshof, 18. Juni 1890.

Hat eine Ehefrau dem Manne mortis causa ihren Freitheil geschenkt mit der Resolutivbedingung, falls er zur zweiten Ehe schreitet, so bewirkt der Eintritt der Resolutivbedingung, daß das geschenkte Vermögen den Kindern der Frau zukommt, nach dem Stande der Verhältnisse im Moment ihres Todes; daher fällt es ihnen zu, auch wenn sie in der Zwischenzeit gestorben sind, und ihre Gläubiger können darauf greifen.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 93. I. p. 425.

Bemerkung.

Es ist eine richtige Erwägung, daß der Ehegatte, der dem andern nur für den Fall er ihm die Treue hält, Zuwendungen macht, dies in solcher Weise sanktionirt, daß solches Vermögen, im Fall der zweiten Ehe, nicht nach den Erbschaftsverhältnissen im Momente dieser zweiten Ehe, sondern nach den Erbschaftsverhältnissen im Momente seines Todes Andern zugetheilt wird. Dies führt allerdings dahin, daß es möglicherweise an fremde Erben fällt, welche die unterdessen verstorbenen Kinder beerbt haben. Allein das geschieht doch nur in Ausführung des Gedankens, daß der zweite Ehegatte, der solches thut, von Anfang an das Vermögen nicht hätte haben sollen, und diesem Gedanken darf das Recht folgen. Das ist, was man so ausdrückt: das Vermögen fällt kraft Resolutivbedingung zu, nicht kraft neuer Auflage.

4. Res judicata.

Kassationshof Palermo, 27. Juni 1893.

Nur der dispositive Theil der Entscheidung bewirkt res judicata, nicht auch die Gründe: ella (la motivazione) serve a chiarire il dispo-

Digitized by Google

sitivo e a rendere razione del modo di decidere; ma vale nulla, ove discuta alti punti della controversia, senza essere sanzionati nel dispositivo.

Circolo giuridico XXIV, Decisioni civili p. 226, 227.

So auch schon Kassationshof Rom, 13. April 1886, Monitore delle leggi (1887) p. 141.

Bemerkung.

Es ist erfreulich zu sehen, wie die richtige Theorie immer mehr durchdringt. Sie entspricht allein der Kompetenzordnung, welche sonst durch Entscheidung bedeutsamer Zwischenfragen jeden Moment durchbrochen würde; sie entspricht allein der Rechtsgeschäftsnatur der Klage, welche das zu Entscheidende in einer für den Richter maßgebenden Weise begrenzt. Die unrichtige Ansicht Savigny's zeugt einerseits davon, daß der große Rechtslehrer nur Civilist, nicht Prozessualist war, anderseits davon, daß die Prozeßwissenschaft zu seiner Zeit noch nicht auf einem sehr hohen konstruktiven Standpunkte war.

5. Vereine.

a) Civilgericht Gent, 17. Mai 1893.

Die Schulden eines Vereines, der keine juristische Persönlichkeit hat, sind von seinen Mitgliedern zu bezahlen, da der Vertrag des Vereins als Vertrag im Namen der Vereinsmitglieder zu betrachten ist.

Revue pratique des sociétés V. p. 215.

Bemerkung.

Die Entscheidung ist unzweifelhaft richtig; vergleiche auch dieses Archiv VI. S. 159; jedoch ist zweierlei zu bemerken: 1. wer neu in den Verein eintritt, wird für die noch schwebenden Schulden mithaftbar; 2. die Haftbarkeit ist zwar solidarisch, aber mit dem Rechte der Theilung und Kontribution — das Gegentheil wäre eine arge Härte; 3. sehr wünschenswerth ist es, wenn die Gesetzgebung die Möglichkeit statuirt, durch Eintragung der Gesellschaft die Haftung zu beschränken, wobei jedoch die Vorstände und Geschäftsführer ihrerseits einstehen müssen, a) soweit sie bei Vertragsabschlüssen die Schranken nicht einhielten, welche durch das sicherende Vermögen der Gesellschaft gegeben waren, und b) soweit sie nicht dafür sorgten, daß das Vermögen in genügender Weise erhalten blieb. Vgl. z. B. das bayerische Vereinsgesetz vom 29. April 1869.

Digitized by Google

b) Friedensgericht Charleroi, 22. Januar 1892.

Die Bestimmung des Vereinsstatuts, daß die Vereinsmitglieder nur mit ihren Beiträgen haften, trifft die Beziehung zu den Gläubigern nicht.

Revue pratique des sociétés IV. p. 262.

Bemerkung.

Gewiß richtig; sofern nicht speziell mit Bezug auf die Statuten der Gesellschaft kontrahirt worden ist, und zwar bona fide.

c) Civilgericht Mons, 10. Juni 1892.

Die Gerichte können nicht angerufen werden, wenn die Generalversammlung eines Vereins Jemanden statutengemäß ausgeschlossen hat.

Revue pratique des sociétés IV. p. 318.

Bemerkung.

Im Allgemeinen richtig; aber nicht weil der Verein keine juristische Existenz hätte, sondern deshalb, weil, wenn die Ausschließung durch die statutenmäßigen Organe erfolgt ist, ihre Gründe einer Nachprüfung des Gerichts nicht unterliegen, außer im Falle des dolus. Das Gegentheil würde die Initiative der Vereinsorgane vernichten.

Vgl. auch dieses Archiv VI. S. 165.

d) Appellhof Nancy, 14. Mai 1892.

Hat ein Arbeiterverein, in dessen Statut die Bestimmung war, daß ein Jeder ausgeschlossen werden kann, der den Verein moralisch schädigt und seine Interessen verletzt, mit Rücksicht auf diese Statutenbestimmung ein Mitglied formgerecht entlassen, so kann der Verein darob nicht auf Entschädigung verklagt werden.

Annales de droit commercial VI, Jurisprudence p. 106.

6. Ehegatten. Pflicht zum Zusammenleben.

Oberster Gerichtshof Wien, 25. Oktober 1892.

Ist die Ehefrau im Hause des Mannes in Gefahr für Leben oder körperliche Integrität, so kann sie nicht zur Rückkehr gezwungen werden, da die Gerichte nicht nur das Recht des Ehemannes, sondern auch den Schutz der Frau und ihrer körperlichen Integrität zu berücksichtigen haben.

Geller, Oesterreichisches Centralblatt für die Juristische Praxis XI. S. 986.

Digitized by Google

Bemerkung.

Sehr richtig. Der gerichtliche Zwang zum ehelichen Leben ist übrigens ein Stück Vergangenheit, das noch an uns klebt: in der Ehe kann nur das auf sittlicher Freiheit beruhende Zusammenleben frommen; die nahe Zukunft muß derartige Zwangsmittel beseitigen. Vgl. meinen Ungehorsam und Vollstreckung S. 104 f.

7. Fahrendes und liegendes Gut.

County Court Lincoln, August 1892.

Die Pole, Drähte und Instrumente der Telegraphenanstalt gelten nicht als liegendes Gut (real property).

Canadian Law Times XIII, Occasional Notes p. 303.

Bemerkung.

Richtig; vgl. dazu meine Abhandlung über die Pertinenzen in den Jahrb. für Dogmatik XXVI. S. 30 f.

8. Kirchhöfe.

Kassationshof Palermo, 24. Februar 1893.

Findet sich in einem Kirchhofe ein engerer Verband von Gräbern mit besonderem Verschluß, so hat die Gemeinde das Recht, der Oberaufsicht halber, einen Schlüssel für die Thür dieser Gräbergesammtheit zu begehren.

Circolo giuridico XXIV, Decisioni civili p. 78.

Bemerkung.

Sehr richtig; die Gemeinde bleibt Eigenthümerin des Begräbnißbodens und hat daher auch das Recht, ja selbst die Pflicht einer gewissen Kontrole. Vergleiche meine Strafrechtlichen Studien I. S. 209.

9. Miteigenthum.

Oberster Gerichtshof Wien, 14. März 1893.

Bildet ein Weide- und Wiesenkomplex ein Zugehör mehrerer Güter, welche hier das Vieh weiden und das Heu im Turnus abernten lassen, so kann keiner der Grundeigenthümer Theilung verlangen, weil dadurch die Zugehöreigenschaft verloren ginge.

Geller, Oesterreichisches Centralblatt für die Juristische Praxis XI. S. 975.

Bemerkung.

Vgl. meine Gesammelten Abhandlungen S. 176 f.

Digitized by Google

10. Nachbarrecht.

a) Kassationshof Palermo, 27. Juni 1893.

Wer eine Fabrik betreibt, ist gehalten, auf seine Kosten den Schornstein zu erhöhen, wenn dies nöthig ist, um das Gut des Nachbarn vor Schaden zu bewahren; dies auch dann, wenn die Fabrik bestand, ehe der Nachbar das Gut überbaute und sich dadurch die Nothwendigkeit der Aenderung des Rauchfanges ergab; denn im Eigenthum der Nachbarn liegt das Recht, auch bei eventuellen künftigen Konstruktionen sich so zu befinden, daß er keine unberechtigten Eingriffe von seinem Fabriknachbarn erfährt.

Circulo giuridico XXIV, Decisioni civili p. 226.

Bemerkung.

Mit Recht; daraus, daß ein Grundstück unbebaut blieb, entsteht kein Besitz- oder Rechtsverhältniß der Nachbarn auf das Unbebautsein, und mithin kein Besitz- oder Rechtsanspruch auf die Fortdauer von Einrichtungen, die der Nachbar nur wegen des Unbebautseins des Terrains zu dulden Veranlassung hatte. Das Gegentheil wäre eine arge Beeinträchtigung des Eigenthums am Grund und Boden.

b) High Court of Griqualand, Juni 1891.

Wenn von einer Mine, die nicht bearbeitet wird, das Wasser auf die andere herunterfließt, so ist der Eigner der ersten Mine nicht zu positiven Eingriffen verpflichtet, um den Nachbarn freizuhalten: es ist damnum absque injuria.

Cape Law Journal 1893 p. 55.

Bemerkung.

Richtig; für den natürlichen Wasserlauf kann Niemand einstehen; das sind Elementarkräfte, denen wir uns unterwerfen müssen, ein jeder Eigenthümer für das, was ihn trifft.

11. Rechtsstellung der Modelle bei Verlagsverträgen zwischen Bildhauer und Vervielfältiger.

Seinetribunal, 27. Mai 1887 und Appellhof Paris, 8. Dezember 1892.

Ein Verlagsvertrag zwischen Bildhauer und Vervielfältiger verpflichtet den Bildhauer, die Modelle zu überliefern; und ist der Verleger durch den Vertrag befugt, das Vervielfältigungsrecht weiter zu übertragen, so hat dieser auch das Recht, die Modelle weiterzugeben, aber nur sofern und soweit der Neuerwerber verpflichtet ist, die Vervielfältigung fort-

Digitized by Google

zusetzen. Hört die Vervielfältigungspflicht auf, z. B. weil die Nachfrage aufhört, so kann der Bildhauer die Modelle zurückverlangen.

Pataille, Annales de la propriété industrielle 1893 p. 11 f. 19 f.

Bemerkung.

Wird der Vervielfältiger Eigenthümer der Modelle? Das ist zu verneinen: er erlangt nur ein besonders gestaltetes Gebrauchsrecht, und wenn er veräußern kann, so kann er nur dieses Gebrauchsrecht veräußern, und so, daß der Erwerber zugleich die Gebrauchspflicht übernimmt. Ein eigenartiges, bisher noch nicht genügend erörtertes Verhältniß des dinglichen Rechts.

12. Servitutenersitzung.

Appellhof Ancona, 29. Januar 1887.

Wenn der eine Nachbar über eine gemeinsame Mauer eine Erhöhung baut und darein ein Fenster bricht, so erwirbt er in der Ersitzungszeit das jus luminis, so daß der Nachbar ihm die Fensteraussicht nicht verbauen darf.

Giornale giuridico delle Marche e dell'Umbria III. 1887 p. 99 f.

Bemerkung.

Dies ist richtig, sofern der Nachbar nicht verpflichtet gewesen ist, das Fenster zu dulden, so daß aus dieser Duldung des Fensters für den andern Theil ein Besitzstand erwächst, der darauf hinzielt, daß er das Fenster und durch das Fenster die Aussicht haben darf. Vgl. Codice civile a. 583 f.

13. Pfandrecht. Berechtigung.

Seinetribunal, 19. Dezember 1890.

Der Pfandgläubiger von Aktien hat nicht von sich aus die Befugniß, die Individualrechte des Gesellschafters geltend zu machen; insbesondere kann er nicht die Vorweisung der Schriftstücke verlangen, zu deren Vorweisung der Aktionär berechtigt ist.

Journal des sociétés 1892 XIII: p. 563.

Bemerkung.

Vgl. über diese Frage auch Nyssens in der Revue des sociétés III p. 305, Lyon-Caen, Droit commercial II nr. 845. Anders ist der Reporteur zu behandeln, denn er ist (zeitweilig) Eigenthümer; Buchére, Opérations de bourses nr. 568 und die an den genannten Stellen weiter citirten Autoren.

Digitized by Google

14. Pfandrecht. Anfechtung.

Kassationshof Luxemburg, 23. Dezember 1892.

Ist ein Faustpfand nach der Zahlungseinstellung gegeben, so ist es nichtig (bei uns anfechtbar), wenn auch ein Versprechen der Faustpfandbestellung vorhergegangen war.

Pasicrisie Luxembourgeoise 1893 p. 168.

Bemerkung.

Auch bei uns richtig; nur wird der Fall etwas günstiger betrachtet, als wenn es sich um eine Bestellung des Pfandrechts gehandelt hätte, zu der keine Verpflichtung bestand. Vgl. mein Lehrbuch des Konkursrechts S. 248 f., Leitfaden S. 69.

15. Pfandrecht des Vermiethers.

a) High Court, South African Republic, 25. Januar 1893.

Wenn der Wohnungsmiether ein Klavier in Abzahlungsweise inne hat, so daß es einstweilen in Miethe steht, aber durch Zahlung der bestimmten Summe zu eigen werden kann, so ist das Klavier als zum ständigen Verweilen in der Wohnung bestimmt zu betrachten und unterliegt daher dem Pfandrecht des Vermiethers.

Cape Law Journal 1893 p. 236.

Bemerkung.

Vgl. mein Lehrbuch des Konkursrechts S. 160 und Leitfaden S. 40.

b) Friedensgericht Paris (VIII. arrondissement), 14. Mai 1891.

Der Vermiether ist nicht berechtigt, Kolli, die der Miether versenden will, des Miethzinses halber zurückzuhalten, wenn der Miether stets seinen Miethzins bezahlt hat und kein Grund vorliegt, Gefährde anzunehmen; insbesondere wenn die zurückbleibenden Sachen in guter Ordnung sind und zur Sicherung der künftigen Miethpflicht genügen. Hält der Hausherr die Kolli doch zurück, so haftet er für Schadenersatz, insbesondere wenn dadurch eine günstige Beförderungsgelegenheit versäumt wurde.

Journal du droit international privé XIX. p. 955.

c) Justizkommission Luzern, 23. September 1891.

Die Bestimmung, daß die Kompetenzstücke dem Retentionsrecht des Vermiethers entzogen sind (a. 294 Abs. 2 Schweizer Obligationenrecht), ist us cogens und kann vertragsmäßig nicht abgeändert werden.

Zeitschrift f. Schweizer Recht XXXIV., Revue der Gerichtspraxis XI. S. 70.

Digitized by Google

Bemerkung.

Sehr richtig; der citirte a. 294 Abs. 2 nimmt vom Retentionsrecht des Vermiethers die Sachen aus, „welche nach den Schuldbeitreibungs- oder Konkursgesetzen von der Exekution ausgeschlossen sind". Dies versteht sich von selbst und muß auch bei uns gelten: der Gedanke des Retentions- oder Pfandrechts des Vermiethers ist der eines privilegirten Befriedigungsrechts. Vgl. auch Eck in den Festgaben für Gneist S. 253 f.

16. Wiederkaufsvertrag und Faustpfand.

Schweizer Bundesgericht, 6. März 1893.

Wenn auch eine Verpfändung von Fahrnissen mittelst constitutum possessorium unstatthaft ist (a. 210 des Schweizer Obligationenrechts), so ist damit nicht gesagt, daß auch der Verkauf mit Rückkauf zum Zweck der Sicherung unstatthaft sei. Es „kann nicht gesagt werden, daß Art. 210 O.-R. auf dem allgemeinen Grundsatz beruhe, daß überhaupt jede Belastung beweglichen Vermögens Dritten gegenüber äußerlich erkennbar sein müsse, so daß jede äußerlich nicht erkennbare Belastung schlechthin ohne Unterscheidung der dafür benutzten Rechtsform verboten sei".

Z. f. Schweizer Recht XXXIV., Revue der Gerichtspraxis XI. S. 128.

Bemerkung.

Der a. 210 des Schweizer Obligationenrechts sagt: „Die Uebergabe" (des Faustpfandes) „gilt nicht als vollzogen, so lange die Sache im Gewahrsame des Verpfänders verbleibt." Ueber die richtige Entscheidung vgl. dieses Archiv VII. S. 209 f., 234 f. Vgl. jetzt auch Hirzel, das constitutum possessorium (Zürich 1893) S. 117 f., 124 f.; hier sind auch eine Reihe Schweizer Entscheidungen angeführt, die bisher zwiespältig waren: für die Ungültigkeit namentlich das Basler Civilgericht, für die Gültigkeit das Thurgauer Obergericht; vgl. hier S. 125, 129.

17. Autorrecht an Gemälden.

High Court London, 15. April 1893.

Ein deutsches Gemälde genießt in England Schutz gegen Nachmachung auch ohne Eintragung in die Stationers Hall. Ob diese Eintragung früher (nach den Gesetzen von 1844 und 1862) nöthig war, kann Gegenstand der Diskussion sein, jedenfalls ist die Nothwendigkeit weggefallen seit der Berner Konvention und dem darauf bezüglichen Gesetz vom 25. Juni 1886 und der Verordnung vom 28. November 1887,

Digitized by Google

wornach der deutsche Autor in England geschützt ist, wenn er die Bedingungen des Schutzes seines Landes erfüllt hat.

Droit d'auteur, Organe officiel de l'Union internationale (Bern) 1893 p. 86.

Bemerkung.

Eine vorzügliche Entscheidung; erst wenn anerkannt ist, daß der Autor in jedem Vereinslande seinen berechtigten Schutz genießt, sobald er auch nur die Bedingungen erfüllt hat, die im Lande des Ursprungs des Erzeugnisses zu erfüllen sind — erst wenn dieser Grundsatz allgemein anerkannt ist, ist der Zweck der Berner Convention erreicht und der internationale Schutz des Autorrechts Wirklichkeit. Dieser Satz wird aber noch nicht überall anerkannt, und es werden darum vielfach vorsichtigerweise noch die Eintragungen erwirkt. In der That ging in der Piglheimschen Sache der High Court, Chancery Division, 4. Februar 1891 von einer anderen Anschauung aus und hielt die Eintragung trotz der Berner Konvention für nothwendig, weil die Verordnung vom 28. November 1887 nichts Entgegengesetztes enthalte (Journal du droit international privé XIX. p. 256).

18. Autorrecht am Portrait.

Seinetribunal, 3. Januar 1891.

Der Künstler, der ein Portrait auf Bestellung macht, hat kein Recht der Vervielfältigung, außer mit Zustimmung des Bestellers oder des Portraitirten.

Pataille, Annales de la propriété industrielle 1893 p. 244 f.

Bemerkung.

Im deutschen Kunstwerkgesetz haben wir deshalb die Bestimmung, daß das Urheberrecht an einem bestellten Portrait von selbst auf den Besteller übergeht (§. 8); oder richtiger gesagt, daß die Herstellung des Gemäldes als Rechtsakt sofort auf den Namen und für das Vermögen des Bestellers erfolgt; vgl. Autorrecht S. 202 f. Allerdings sind damit nicht alle Schwierigkeiten gelöst. Hat der Besteller nicht sein Portrait, sondern das eines Andern bestellt, so ist es nicht entsprechend, daß der Besteller das vielleicht diskrete Bild ohne Genehmigung des Modells vervielfältigten kann; anderseits ist ein begründeter Anlaß gegeben, daß der Künstler das Bild reproduziren darf, wenn nicht der Besteller, sondern das Modell einwilligt. Eine weitere Frage, inwiefern Jemand das Recht hat, ein Portrait, das er ohne Bestellung, ja ohne Wissen des Portraitirten ge-

Digitized by Google

nommen hat (Momentphotographie), zu vervielfältigen und verbreiten, ist nur mittelst der Lehre vom Individualrecht zu lösen; so insbesondere, wenn etwa ein Geschäft das Bild einer Dame zu Reklamezwecken auf seine Schachteln setzte, wie in dem Fall der Entscheidung des Seinetribunals vom 13. Juni 1882, Pataille 1893 p. 246.

19. Vertrag ohne Gebundenheit.

Appellhof Paris, 2. November 1892.

Ein Verkauf von Werthpapieren, wobei sich der Verkäufer das Recht vorbehält, die verkauften Titel beliebig und schrankenlos zu verpfänden, um dadurch Mittel für seinen Geschäftsbetrieb zu gewinnen, widerspricht dem Grundgesetze der obligationsrechtlichen Gebundenheit und ist darum nichtig, mag nun der Verkäufer von diesem Rechte Gebrauch gemacht haben oder nicht.

Annales de droit commercial VII, Jurisprudence p. 41.

Bemerkung.

Die Entscheidung geht von dem Satze des Code civil aus, daß eine Verbindlichkeit unter einer Bedingung, welche das Gebundensein in das freie Belieben des Schuldners stellt, nichtig sei (a. 1174). Diese Bestimmung ist insofern richtig, als, wer die beliebige rechtliche Freiheit hat, zu thun oder nicht zu thun, füglich nicht als gebunden, oder doch nur als mangelhaft gebunden bezeichnet werden kann. Allein die Hauptfrage liegt nicht darin; sie liegt darin, ob nun auch das ganze Geschäft nichtig ist, wovon diese Obligation mit mangelhafter Bindung einen Theil bildet. Diese Frage wäre nur zu bejahen, wenn solchen halbschichtigen Geschäften wirthschaftliche oder ethische Bedenken entgegenständen, und dies dürfte sehr die Frage sein. Vgl. auch dieses Archiv VI S. 151.

20. Error.

Tribunal Brüssel, 2. März 1893.

Bei einem Kreditkauf ist es ein wesentlicher Irrthum in der Person, wenn (in Folge des Vorgebens des Käufers) sein Gegner annahm, daß es sich um einen ansässigen Kaufmann handle, für dessen Geschäft die Waare zu verwenden sei, und dies nicht der Fall ist.

Pasicrisie Belge 1893 III. p. 169.

21. Doppelmandat.

Appellhof Amiens, 28. Januar 1892.

Hat ein Darleiher das Geld gegeben, damit es zur Auszahlung von Hypotheken verwendet werde, und ist zur Sicherung dieses Zweckes bestimmt,

Digitized by Google

daß das Geld einem Notar eingehändigt werden soll, der den Auftrag erhält, für die entsprechende Anlage zu sorgen: so ist der Notar der Mandatar beider Parteien; und weder der Entleiher des Geldes noch seine Konkursmasse kann das Mandat einseitig revoziren und verlangen, daß der Notar das Geld herausgebe, ohne es zu dem gedachten Zweck zu verwenden.

Pasicrisie Belge 1893 IV. p. 108.

Bemerkung.

Ein höchst interessantes, noch nicht genügend erörtertes Verhältniß. Soll nämlich dieses Verhältniß vollkommen zweckentsprechend sein, so muß das Geld beim Notar in einer solchen Weise verhaftet sein, daß zunächst der Notar nicht verpflichtet sein darf, das Geld an den Entleiher herauszugeben, sodann aber auch die Gläubiger des Entleihers nicht berechtigt sind, ihre Hand darauf zu legen. Das ergiebt sich allerdings bei uns schon aus dem §. 713 Civ.P.O., da eine direkte Pfändung beim Notar nur möglich wäre, wenn er sich zur Herausgabe bereit erklärte, was er wegen seiner Verantwortung nicht thun wird. Auf diese Weise bewirkt ein an sich nur obligatorischer Vertrag eine dingliche Sicherung; ähnlich verhält es sich mit der Sequestration, ähnlich mit der strafrechtlichen Beschlagnahme der Confiscanda.

22. Verlagsvertrag, Uebergang des Verlagsgeschäfts.

Seinetribunal, 30. November 1892.

Der Vertrag mit dem Verleger ist ein persönlicher Vertrauensvertrag, daher kann der Verleger das Verlagsrecht nicht übertragen; und wenn das Geschäft durch Adjudikation oder auf andere Weise übergeht, so ist der Autor nicht daran gebunden:

S'il importe à l'éditeur que l'ouvrage qu'il s'engage à faire paraître soit celui de l'auteur même avec lequel il a contracté, et non de ses héritiers ou ayants cause, qui sont à son lieu et place, il importe autant à l'auteur que son ouvrage soit publié par l'éditeur qu'il a librement choisi et non par tel autre dont la notoriété ou les procédés pourraient nuire, moralement et matériellement, au succès de son oeuvre elle-même . . .

Droit d'auteur, Organe officiel de l'Union internationale (Bern) 1893 p. 23.

Bemerkung.

Ein richtiger Grundgedanke, doch mit einiger Uebertreibung durchgeführt. Geht das Verlagsgeschäft auf die Erben über, so geht auch das

Digitized by Google

dem Verlag übergebene Verlagsrecht mit; wie sollte sich die Sache anders im Leben entwickeln? Und auch wenn das ganze Verlagsgeschäft von einem Andern erworben wird, insbesondere wenn die Firma dem Geschäfte mitfolgt, ist anzunehmen, daß die Verlagsrechte dem Neuerwerber zukommen, falls der Autor nicht besondere Gründe hat, den Vertragsfolger zu verschmähen. Vgl. Autorrecht S. 287 f.

23. Gesellschaftsvertrag. Ungültigkeit.

a) Gesellschaft zwischen Eheleuten.

Französischer Kassationshof, 8. Dezember 1891.

Ein Gesellschaftsvertrag unter Ehegatten ist nichtig, weil er beiden Theilen eine Rechtsstellung gäbe, die sich mit den Rechten des Ehemannes nicht vertrüge.

Revue pratique des sociétés IV. p. 178.

Bemerkung.

Die Entscheidung ist erfolgt unter a. 1388 des Code civil, welcher dahin geht, daß jede Vereinbarung nichtig ist, welche die Personenrechte des Mannes verkümmerte. Aber auch abgesehen von dem speziellen Recht des Code civil, muß es als unverträglich gelten, eine Gesellschaft abzuschließen, welche das Vermögen des Mannes ganz oder theilweise erfaßte, in der Art, daß der Ehefrau die Hauptleitung oder eine paritätische Mitleitung zukäme.

b) Gesellschaft mit ungültigem Einbringen.

Appellhof Bordeaux, 29. April 1891.

Ein Gesellschaftsvertrag, worin Jemand seine Thätigkeit als Auswanderungsagent einbringt, ist nichtig, wenn der Agent zum Betriebe seines Gewerbes einer Autorisation der Regierung bedarf und diese nicht besitzt.

Journal des sociétés 1893 XIV. p. 215, 217.

Bemerkung.

Richtig; das Einbringen einer Thätigkeit ist im Vertrag gedacht als das Einbringen einer erlaubten gewerblichen Thätigkeit. Die Nichtigkeit dieses Einbringens bewirkt ebensosehr, daß der andere Theil nicht an die Gesellschaft gebunden ist, als wenn der eine Theil eine res extra commercium eingebracht hätte.

24. Aktiengesellschaft. Haftung des Vorstandes.

Französischer Kassationshof, 3. Mai 1892.

Haben Finanzoperationen des Vorstandes der Aktiengesellschaft einen numerischen Verlust gebracht, so kann dieser dadurch aufgewogen werden,

Digitized by Google

daß diese Operationen den Kurs der Aktien auf der Höhe gehalten und der Aktiengesellschaft ermöglicht haben, Obligationen auszugeben.

Annales de droit commercial VII, Jurisprudence p. 2.

Bemerkung.

Sehr richtig; es gehört zu den Aufgaben des Rechts, auch die indirekten Vortheile in Rücksicht zu nehmen und sie mit dem blanken Nachtheile zu verrechnen. Das Gegentheil hätte schwere Ungerechtigkeiten zur Folge.

25. Aktiengesellschaft. Tantiemen des Vorstandes.

Handelsgericht der Seine, 5. Dezember 1892.

Der statutenmäßige Anspruch auf einen Theil des Reingewinns wird für die Aktionäre wie für die Vorstandsmitglieder erst mit dem Moment erworben, wo der vertheilbare Reingewinn durch die Generalversammlung festgesetzt worden ist. Vorstandsmitglieder, die vorher ausgeschieden sind, können daher nicht für den Theil des Jahres, wo sie noch Mitglieder waren, eine Quote des dem Vorstande zuzuweisenden Gewinnantheiles verlangen. Umgekehrt partizipiren die neuen Vorstandsmitglieder an dem zu ihrer Zeit in Vertheilung kommenden Gewinnantheilen vollständig.

Annales de droit commercial VII, Jurisprudence p. 70; Journal des sociétés 1893 XIV. p. 117

Bemerkung.

Eine Entscheidung von zweifelhafter Richtigkeit. Unzweifelhaft ist erst mit der Feststellung durch die Generalversammlung ein vertheilbarer Gewinn vorhanden, indem vorher die verschiedensten Chancen eintreten und den fluktuirenden Gewinn vernichten können. Allein daraus folgt nur, daß erst am Dividendenfeststellungstage von einem Gewinn die Rede ist; dies widerspricht aber nicht dem Gedanken, daß der so bestimmte Gewinn eben der Gewinn für das vorige Jahr ist und daß es gerecht ist, den Vorstand nach Maßgabe der Geschäftszeit an diesem Gewinn partizipiren zu lassen. Allerdings stimmt die Behandlungsweise des Pariser Gerichts einigermaßen mit der Börsenusance, daß Dividendenscheine bis zum Dividendentage mit den Stücken in Verbindung bleiben und, bei den Käufen in der Zwischenzeit, nur die Börsenzinsen aufgerechnet zu werden pflegen. Aber für die Aktienverkäufe und für die Behandlung der Dividendenscheine beim Aktienverkauf gelten gewiß andere Rücksichten, als für das Verhältniß zwischen dem abtretenden und neu eintretenden Vorstand.

Digitized by Google

26. Ausstreuung.

Handelsgericht Gent, 26. April 1893.

Wer über einen Andern aussagt, er sei im Begriffe, Konkurs zu machen, haftet, wenn er dies nicht als Vertrauenssache Einzelnen mitgetheilt, sondern es ohne Geheimniß mehreren gegenüber in einem Café ausgesprengt hat; dies namentlich wenn es unter näheren Darlegungen geschah, so daß man den Umstand als sicher und offenkundig ansehen mußte.

Journal des tribunaux de Bruxelles 1893 vom 16. Juli p. 904.

27. Uneheliche Beiwohnung.

High Court of Griqualand, 16. Mai 1893.

Das Mädchen, das sich mit einem verheiratheten Mann einläßt, den es als verheirathet kennt, hat, wenn es ein Kind bekommt, keinen Entschädigungsanspruch.

Cape Law Journal 1893 p. 54.

Bemerkung.

Vgl. auch Entscheidung des deutschen Reichsgerichts, 11. Januar 1892, Entsch. XXIX. S. 97. Dies wäre allerdings dann anders, wenn der Mann Jugend und Unerfahrenheit eines Mädchens benutzt hätte, um starke Leidenschaften zu erregen, denen es unterlag; oder um ihr Dinge einzureden, in Folge dessen ihr der Umgang in ganz anderem Lichte erschien. Vgl. meinen Aufsatz in den Jahrbüchern für Dogmatik XXV S. 279 f.

28. Kausalzusammenhang.

Supreme Court of Canada, 24. Juni 1893.

Wenn durch eine unvorsichtige Sprengung Pferde scheu werden und der Pferdetreiber ihnen nachläuft und, im Bestreben, sie zurückzuhalten, verunglückt, so ist dies auf das unvorsichtige Sprengen zurückzuführen und der Schaden ist zu ersetzen: der Pferdetreiber did no more than any reasonable man would have done under the circumstances.

Canadian Law Times XIII, Occasional Notes p. 387.

Bemerkung.

Mit Recht. Allerdings ist die Sprengung nicht die Ursache, sondern nur die Veranlassung der den Pferdetreiber verletzenden Geschehnisse. Aber der Grundsatz: dominus causae = causa causae, d. h. das Veranlassen steht dem Verursachen gleich (Strafrechtliche Studien I. S. 89 f.), gilt im Civilrecht in noch weiterem Umfang als im Strafrecht; während er im Strafrecht nur insofern gilt, als der Veranlasser eines verletzenden

Digitized by Google

Geschehnisses haftet, wenn er gerade bezüglich dieses Geschehnisses im Verschulden ist, so gilt er im Civilrecht in folgendem weiteren Umfang: ist die Thätigkeit eine an sich schuldhafte, so ist der Thätige auch für diejenige Veranlassung verletzender Geschehnisse verantwortlich, für welche er zwar keine spezielle Schuld trägt, welche aber durch die natürlichen Lebensverhältnisse mit dem Erfolge der schuldhaften Thätigkeit zusammenhängen. Davon anderwärts.

29. Haftung des Arztes.

Schweizer Bundesgericht, 10. Juni 1892.

Ein Arzt ist natürlich nicht für jede unrichtige Diagnose verantwortlich; aber er ist haftbar, wenn gegen „wirklich feststehende, allgemein anerkannte und zum Gemeingut gewordene Grundsätze der medicinischen Wissenschaft verstoßen wird."

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts XVIII. S. 336, 341.

30. Haftung für Sachen.

a) Schaden durch Thiere.

Supreme Court New Brunswick, 24. April 1893.

Ein Hund hatte die böse Gewohnheit, auf der Seite der Straße zu lauern und dann plötzlich auf die Fuhrwerke loszuspringen. Bei solcher Gelegenheit scheuten die Pferde, und der im Wagen Sitzende wurde herausgeschleudert und erheblich verletzt. Dem Verletzten wurden 4000 Dollars Schadenersatz zuerkannt.

Canadian Law Times XIII, Occasional Notes p. 246.

Bemerkung.

Richtig. Die Rechtsordnung hat gegen solche Mißstände streng vorzugehen; nur wäre die Höhe der Entschädigung zu mäßigen, außer im Falle wirklicher Bosheit oder schwerster Nachlässigkeit des Eigenthümers.

b) Desgleichen.

Appellations- und Kassationshof Bern, 16. September 1892.

Der Eigenthümer eines Hundes ist haftbar, wenn dieser einem Velociped nachspringt und der Radfahrer stürzt. Es ist keine genügende Bewachung des Hundes, wenn ein Kind ihn beaufsichtigt.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins XXIX. S. 73.

Bemerkung.

Die Entscheidung ist nur dann richtig, wenn der Hund das Velociped thatsächlich angegriffen hat oder zwischen hineingelaufen ist oder es so

Digitized by Google

sehr verfolgt hat, daß dies zu ungewöhnlicher Belästigung wurde. Eine gewöhnliche Belästigung führt noch nicht zur Entschädigung, auch wenn der Belästigte sich dadurch aus der Fassung bringen läßt. Man muß das Eine und das Andere berücksichtigen; namentlich darf nicht verkannt werden, daß das Fahrrad eine große Geistesgegenwart verlangt, und wer sich dessen bedient, hat gegen die Mitwelt keinen Anspruch darauf, daß man Alles unterläßt, was seine Konzentration verhindern könnte; das ginge viel zu weit.

c) Desgleichen.

Obergericht Schaffhausen, 21. Mai 1892.

Wenn es auch landesüblich ist, daß Kühe von Kindern zur Tränke geführt werden, so folgt daraus doch nicht, daß der Eigenthümer hierdurch alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat; geschieht dabei ein Unglück, so hat er (nach a. 65 des Schweizer Obligationenrechts) zu haften.

Z. f. Schweizer Recht XXXIV., Revue der Gerichtspraxis XI. S. 110.

Bemerkung.

Richtig; wenn die Gesetzgebung, wie das Schweizer Obligationengesetz a. 65, bei Haftung für Thiere den Grundsatz aufstellt, daß der Eigenthümer haften soll, „wenn er nicht beweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe", so kann eine solche Bestimmung nur dann den Anforderungen des Lebens entsprechen, wenn bei der Sorgfalt ein höchster Maßstab, der Maßstab der custodia, angelegt wird; so also, daß die Sorgfalt nicht durch die Gewohnheit des Lebens bestimmt wird, sondern durch die Art eines Menschen, der gerade nach dieser Richtung hin sein Augenmerk lenkt. Der Gedanke ist der: wenn, wie gewöhnlich im Leben, eine solche Sorgfalt außer Acht bleibt, so handelt hierin jeder auf seine Gefahr; wer das nicht will, soll keine Thiere halten oder soll sie genügend überwachen. Dies ist ein Gesichtspunkt, den ich schon in der Zeitschrift f. vgl. Rechtsw. III. S. 200 aufgewiesen habe. Von diesem Gesichtspunkte aus ist denn auch folgende Entscheidung kaum als richtig zu erklären.

d) Desgleichen.

Court of Appeal Ontario, 27. Oktober 1893.

Es liegt keine verantwortliche Verschuldung vor, wenn der Fuhrmann das Pferd verlassen hat, um ein Stück der Ladung zu befestigen, und die Pferde, durch plötzliches Geräusch erschreckt, durchgehen und Schaden anrichten.

Canadian Law Times XIII. p. 400.

Digitized by Google

e) Haftung für Beschädigung durch fallende Bäume.

Appellhof Grenoble, 10. Februar 1892.

Die Gemeinde haftet, wenn Jemand durch das plötzliche Fallen eines Baumes an einem öffentlichen Platze verletzt wird, wenn die Ursache nicht auf einer vis major, z. B. einem stürmischen Wetter, beruht, sondern auf der inneren Fäulniß des Baumes, auch wenn diese äußerlich nicht ersichtlich war; um so mehr allerdings, wenn sie dadurch ersichtlich war, daß der Baum eine äußere Höhlung zeigte, die mit Mauerwerk verklebt wurde.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 93 II. p. 205.

Bemerkung.

Richtig, sofern der Fall so liegt, daß der Baum an einem öffentlichen Platze stand und nicht ein starker Sturmwind den Stamm niederschlug; denn bei Sturmwind ist jeder gewarnt. Dagegen kann der Satz nicht ausgedehnt werden auf Bäume eines Parkes, höchstens auf die, welche an der Grenze der allgemein für das Publikum hergerichteten Normalwege stehen. Eine Haftung des Wald- oder Parkeigenthümers für alle Bäume, die einen im Walde flanirenden Passanten treffen können, wäre nicht den Verhältnissen entsprechend: wer sich in den Wald verliert, muß die damit verbundene Gefahr kennen — wenn es auch immerhin ein Verwaltungspflicht sein kann, den Wald möglichst gegen Unfälle sicher zu stellen; aber nicht jede Verwaltungspflicht kann solch schwere Verantwortung einschließen.

f) Haftung der Eisenbahnen.

Supreme Court of Judicature Ontario, Court of Appeal, 21. Juni 1893.

Es gilt als Pflicht der Eisenbahnen, bei Uebergängen einer Farm für das nöthige Gehege zu sorgen; sonst muß sie für das in Folge dessen verletzte oder getödtete Vieh aufkommen.

Canadian Law Times XIII, Occasional Notes p. 301.

Bemerkung.

Mit Recht; wer eine gefährliche Anstalt betreibt, ist verpflichtet, die unseren sozialen Zuständen entsprechenden Vorkehrungen zu treffen, um Schaden zu verhüten. Eine entgegengesetzte Entscheidung wurde unterm 17. November 1892 vom High Court des Oranje-Freistaates gegeben, mit Rücksicht auf eine Bestimmung des dortigen Eisenbahngesetzes, wornach die Eisenbahn nur für den Schaden aufkommt, der dem Vieh untertags

Digitized by Google

zustößt, wenn es die nicht eingeschlossene Linie überschreitet. Vgl. auch Preuß. Eisenbahngesetz §. 14, Gesetz über Kleinbahnen §. 18.

g) Haftung für mangelhafte Straßen.

Eastern Districts' Court am Kap, 20. Juni 1893.

Wer durch Mangelhaftigkeit der Straße einen Schaden erleidet, indem sein Pferd in ein Loch der Straße hineinfällt, kann Entschädigung verlangen, auch wenn dies nicht gerade auf dem mittleren Theil der Straße geschah: die Straße reicht so weit, als der Staat durch die Straßenarbeiten das Gelände als ein unter seiner Kontrole stehendes Straßengelände erklärt.

Cape Law Journal 1893 p. 233.

Bemerkung.

Richtig; soweit die Straße als Straße bearbeitet wurde, kann man darauf vertrauen, daß sie mit Sicherheit gangbar ist.

h) Haftung für einen Kanal.

Supreme Court am Kap, 2. Juni 1893.

Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, einen Kanal zu umzäunen, und haftet nicht, wenn Jemand von der Straße aus hineinfällt.

Cape Law Journal 1893 p. 226.

Bemerkung.

Mit Recht, wenn es auch ein guter Verwaltungsgrundsatz ist, die Wasser einzuhegen. Ein Wasser ist keine gefährliche Anstalt; wer nicht ortskundig ist, soll den Weg nicht bei Dunkelheit begehen.

i) Beschädigung durch einen Stacheldraht.

County Court Birkenhead und High Court (Stewart v. Wright).

Ein Stacheldraht als Hegung ist eine gefährliche Einrichtung, und wer ihn an der Seite des öffentlichen Weges anbringt, muß für allen Schaden einstehen; so wenn Jemandem dadurch die Kleider zerrissen wurden, insbesondere wenn ein Windstoß das Kleid an das Gehege antrieb.

Cape Law Journal 1893 p. 136 (aus der Law Times) und p. 309.

Bemerkung.

Sehr treffende Entscheidung. Ein Stacheldraht ist ein gefährliches Ding, namentlich auch für Kinder, denen man doch nicht stets einen Begleiter beiordnen kann. Schon alte italienische Statuten sprechen sich in diesem Sinne aus; so die Statuten von Bene Vagienna (Bestim-

Digitized by Google

mung vom Jahr 1324) a. 316: qui habet . . . sepem que habeat stimulos de versus viam publicam in villa Baennarum seu in airalibus pascui, teneatur ponere et tenere stimulos de versus suam possessionem sive domum et non de versus viam publicam (Capitula et Statuta comunitatis Baennarum 1293, Ed. Romae 1892).

31. Pflichttheil.

Supreme Court am Kap, 17. Mai, 6. Juni 1893.

Hat der Erblasser das Kind auf den Nießbrauch beschränkt und das Eigenthum des Kindestheils den Enkeln vermacht, so kann das Kind seinen Pflichttheil in Eigenthum verlangen, und die Enkel sind beschränkt auf das, was hiervon übrig bleibt.

Cape Law Journal 1893 p. 224.

Bemerkung.

Bekanntlich gilt am Kap römisches Recht; es ist aber eine allgemeine Regel, die überall, wo das Pflichttheilsrecht gilt, ihre Berechtigung hat: daß kein Pflichttheilsberechtigter sich durch Nießbrauch oder durch nuda proprietas abfinden zu lassen braucht. Daher ist das Wahlrecht des Pflichterben, zwischen der Verfügung, so wie sie ist, und zwischen der blanken legitima in Volleigenthum, ein sehr treffendes Auskunftsmittel.

32. Schenkung an den zweiten Ehegatten. Legatum poenae.

Appellhof Orléans, 2. Juli 1891.

Hat ein Erblasser an den zweiten Ehegatten eine übermäßige Schenkung gemacht und für den Fall, daß der Sohn dieselbe bestreite, über den Freitheil zu Gunsten eines Andern verfügt, so ist diese Verfügung nichtig, sobald der Sohn die Schenkung mit Recht anficht. Eine solche Verfügung ist eine libéralité éventuelle qui, dans les termes et les circonstances où elle était faite, ne constituerait qu'un expédient pour assurer la violation de la loi.

Dalloz, Recueil périodique 93 II. p. 38.

Bemerkung.

Richtig; das legatum poenae nomine relictum ist auch heutzutage ungültig, sofern es die poena sein soll für die Ausübung eines Rechtes, das der Testator dem Erben nicht verkürzen darf. Hierher gehört aber das Recht, eine inofficiöse Verfügung anzufechten.

Digitized by Google

7.

Civiliſtiſche Rundſchau.

Von Dr. **Paul Oertmann.**

I. Rechtsphiloſophie und Allgemeine Rechtslehre.

Das geringe Intereſſe der modernen Jurisprudenz für die Fragen der Rechtsphiloſophie iſt ſchon ſo oft beklagt worden, daß wir Allbekanntes wiederholen müßten, wollten wir uns über dieſen Punkt näher verbreiten. Täuſcht indeß nicht alles, ſo befindet ſich unſere Wiſſenſchaft hier an einem Wendepunkt. Wenigſtens zeigt die Litteratur auf dieſem Gebiete auch diesmal wieder verſchiedene Arbeiten. Bergbohm[1]) giebt einen umfangreichen, zu großen Erwartungen berechtigenden Einleitungsband für ein in Ausſicht genommenes umfaſſendes Werk über Jurisprudenz und Rechtsphiloſophie, in dem er eine hiſtoriſche und kritiſche Darſtellung des modernen Naturrechts und der hiſtoriſchen Schule bietet. Voraus geht eine beachtenswerthe Einleitung, in der Verfaſſer die Nothwendigkeit einer philoſophiſchen Zuſammenfaſſung der einzelnen juriſtiſchen Disziplinen darthut. Wir behalten uns vor, ſpäter ausführlicher auf das Werk zurückzukommen, ſobald es weiter vorgeſchritten ſein wird.

Einer ſehr dankenswerthen Aufgabe hat ſich G. Hartmann[2]) durch ſeine Arbeit über Leibniz unterzogen. Seine Schrift hat, wie ſchon Mollat ausführt,[3]) eine zweifache Bedeutung. Einmal giebt ſie ein klar und lichtvoll geſchriebenes Bild von der mannigfachen Thätigkeit Leibnizens auf dem Gebiete, dem der große Denker von Haus aus und von Berufs wegen angehörte. Aber nicht zum wenigſten ſchätzen wir ſie um ihrer weiteren Bedeutung willen als „eines beredten Zeugniſſes eines muthigen Kämpfers gegen den fanatiſchen Hiſtorismus und Poſitivismus unſerer Tage“. Schlagend zeigt Verfaſſer, daß

[1]) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphiloſophie, Bd. I, Einleitung. 1. Das Naturrecht der Gegenwart. Leipzig, Duncker & Humblot 1892. XVI u. 566 S.

[2]) G. Hartmann, Leibniz als Juriſt und Rechtsphiloſoph. Tübingen, Laupp 1892. 122 S.

[3]) Juriſt. Litt.-Bl. Bd. V S. 50.

Digitized by Google

man in der heute gang und gäben Verwerfung des gesammten „Naturrechtes“ das Kind mit dem Bade ausschüttet.

Es trifft sich sonderbar, daß zur selben Gelegenheit, die Hartmann die Feder in die Hand drückte, ein anderer Romanist, E. J. Bekker,[4]) das Panier des nacktesten Positivismus so offen entfaltet hat, wie wohl kaum einer zuvor. Naturrecht, Begriffsjurisprudenz, ja Metaphysik überhaupt — sie erscheinen Bekker sammt und sonders als gröbliche Verstöße gegen das Prinzip der Wissenschaft, die allein diesen Namen verdient — sie sind direkt „wissenschaftsfeindlich“. Denn die Wissenschaft findet ihre Grenzen da, wo die Zwangsmöglichkeit aufhört; das wissenschaftliche Wissen ist das Wissen, was mit logischer Nothwendigkeit zur Annahme zwingt. Ob Ihering, dem die Schrift gewidmet ist und zu dessen „Scherz und Ernst“ sie offensichtlich ein Seitenstück bilden soll, sich mit derartigen Anschauungen einverstanden erklären würde? Wir glauben kaum!

Endlich dürfte an dieser Stelle wohl noch erwähnt werden, daß die Verlagshandlung von Savigny's klassischem „Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung“,[5]) einem längst gefühlten Bedürfniß entsprechend, eine neue und billige Ausgabe dieser Schrift veranstaltet hat; gerade in unseren Tagen gewiß ein besonders zeitgemäßes Unternehmen! Zu Grunde gelegt ist die dritte Auflage von 1840; ihr Text ist, unter Beifügung ihrer Seitenzahlen in Klammern, wortgetreu zum Abdruck gebracht.

II. Rechtsgeschichte.

Nicht sehr belangreich ist die Ausbeute an rechtsgeschichtlichen Arbeiten, die uns das Jahr 1893 bislang gebracht hat. An erster Stelle muß erwähnt werden, daß vom zweiten Bande von Karlowa's groß angelegter „Römischer Rechtsgeschichte“ nunmehr die zweite Abtheilung (S. 481—944) erschienen ist. Den lang ersehnten Abschluß des auf alle Fälle als treues und vollständiges Nachschlagebuch hervorragenden Werkes hat sie freilich noch nicht gebracht; jedoch steht das Erscheinen der Schlußlieferung, die uns endlich wohl auch das lang vermißte Register bringen wird, anscheinend in baldigster Aussicht.

Einen ganz anderen Charakter trägt Heilfron's[6]) jüngst erschienenes Repetitorium der römischen Rechtsgeschichte. Es will keinerlei neue wissenschaftliche Ergebnisse bringen, sondern nur den Studenten und Referendarien das moderne gemeine Recht, wie es gegenwärtig im Deutschen Reiche gilt, unter Anknüpfung an das frühere darstellen (S. 17). Der vorliegende erste Theil giebt in Buch I die Geschichte des römischen Rechts bis zur Kodifikation (Abschnitt I: Rechtsgeschichte S. 19—90, Abschnitt II: Civilprozeß S. 91—243,

[4]) In der bereits Bd. VII S. 381 besprochenen Schrift.

[5]) Fr. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Freiburg, Mohr 1892. VII u. 131 S.

[6]) Dr. Ed. Heilfron, Das gemeine Privatrecht des Deutschen Reichs. I. Theil: Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprozesses. Berlin, Speyer & Peters 1893. 322 S.

Digitized by Google

Abſchnitt III: Rechtsquellen S. 244—273), ſowie in Buch II die des römiſchen Rechts von der Kodifikation bis zur Rezeption (S. 274—322). Man muß bekennen, daß das Schriftchen einem dringenden Bedürfniß einigermaßen abhilft. Es giebt, faſt durchgängig auf Grund des Standes der modernen Forſchungen, eine etwa in Form und Umfang eines Kollegheftes gehaltene klare und gefällige Ueberſicht über die römiſche Rechtsgeſchichte. Durch zahlreiche Anmerkungen ſucht Verfaſſer die alten Inſtitute mit den entſprechenden modernen zu vergleichen und ſo dem Verſtändniß der ſtudirenden Jugend näher zu bringen. Zu weit geht er dabei nach Anſicht des Referenten, indem er im Civilprozeß und Konkurs auf Einzelheiten des modernen Rechts ſelbſt da ausführlich eingeht, wo dieſelben nicht ohne Weiteres Anknüpfungspunkte an das römiſche Recht bieten. Eine ſolche Häufung von Anmerkungen iſt ſchon ganz allgemein bei für Anfänger beſtimmten Büchern vom Uebel; hier dürfte ſie vollends das Verſtändniß beider Rechte eher hemmen als fördern. Auch ſonſt iſt zu tadeln, daß Verfaſſer an manchen Punkten ſich ohne Rückſicht auf neuere Schriften einfach der althergebrachten communis opinio angeſchloſſen hat — ſo bei der Erklärung des Satzes „partes secanto“ (S. 119), der Angabe der Friſten bei der bonorum venditio (S. 181 und dazu Gajus III. §. 79 nach Studemund's neuerer Lesart), der Jugendgeſchichte Juſtinian's (S. 274). Der Werth des Buches ſoll durch dieſe und andere Ausſtellungen nicht in Abrede geſtellt werden.

Zur Rechtsgeſchichte gehören im weiteren Sinne auch die Inſtitutionenwerke. Von ihnen hat das letzte Jahr zwar keine neuen gebracht, wohl aber ſind mehrere der vorhandenen in neuer Auflage erſchienen, Salkowski in ſechſter, Czyhlarz in zweiter, Hölder[7]) in dritter. Sie ſind alle bereits ſo bekannt, daß von einer ausführlichen Beſprechung hier füglich Abſtand genommen werden kann, zumal die neuen Auflagen keine erheblichen Umgeſtaltungen aufweiſen. Speziell Hölder's Buch hat ſich ſeit ſeinem erſten Erſcheinen vor nunmehr anderthalb Dezennien unter der Inſtitutionenlitteratur an Anſehen und Verbreitung einen hervorragenden Platz geſichert. Dies ſpricht um ſo mehr für ſeinen Werth, als es an Eleganz der Schreibart, an Leichtigkeit der Darſtellung von manchen anderen — ſo Sohm und auch v. Scheurl — übertroffen wird. An innerer Gediegenheit und juriſtiſcher Schärfe dagegen ſteht es jenen anderen Werken mindeſtens gleich, wenn es ihnen darin nicht ſogar überlegen iſt, auch verſteht es den Stoff auf einem noch knapperen Raume zuſammenzufaſſen, für ein Inſtitutionenwerk, das der erſten Einführung in das Rechtsſtudium dienen ſoll, gewiß kein Fehler!

Eine Anzahl kleinerer rechtswiſſenſchaftlicher Abhandlungen bietet der diesmal in einem Geſammtheft zuſammengefaßte Inhalt des dreizehnten Bandes der „Zeitſchrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeſchichte“, die unſer „Archiv“ freilich meiſt weniger intereſſiren. Erwähnt mag hier nur werden die von

[7]) Ed. Hölder, Inſtitutionen des römiſchen Rechts. Aufl. 3. Freiburg, Mohr 1893. XVI u. 357 S.

Digitized by Google

H. Göppert über die „fiducia cum amico“, die den Pfandcharakter dieses altrömischen Institutes gegenüber Heck mit neuen, durchschlagenden Beweisgründen bestreitet.

Aus der deutschen Rechtsgeschichte liegt dem Schreiber dieser Zeilen nur die Erstlingsschrift eines jungen Oesterreichers, Heinrich Horten,[8]) vor. Sie behandelt wenig geklärte und stark bestrittene Fragen, was die Lektüre des Buches schon an sich schwierig macht. Es kommt aber noch hinzu, daß die Darstellung nichts weniger als fließend und leicht verständlich ist. Andererseits wird man dem Fleiß und der gründlichen Quellenforschung des Verfassers alle Anerkennung zollen müssen. Seine Darstellung geht im ersten Theil auf das Volksrecht — a) lex Salica, b) lex Ripuaria, c) lex Gundobada ein (S. 13—130); hieran schließt sich als zweiter Theil (S. 131—243) das Amtsrecht der Kapitularien. Die Grundidee des Volksrechts ist: „kein unmittelbarer Vollstreckungszwang ohne Rücksicht auf den Willen des zu Zwingenden (S. 101) — nur indirekt, freilich auf sehr wirksame Weise, konnte der freie Mann vermittels der Friedloslegung zur Befriedigung genöthigt werden. Durch den Bürgen ist dagegen Zwangsübung wider den Schuldner statthaft, weil sich „Schuldner durch Stellung des Bürgen diesem willentlich unterworfen hat“ (S. 102). Allmählich trat eine Wendung ein nach der Richtung direkter Exekution — zunächst bei Sklaven, dann aber allgemein durch das Edikt des Chilperich (nur noch subsidiäre Personenhaftung, S. 150). Gegen diese überhastete Neuerung wieder Reaktion in der Ripuariernorm, S. 155, und nur langsam und Schritt für Schritt definitiver Sieg der neuen Ideen, S. 186 ff.

III. Gemeines Civilrecht.

a) Systematische Werke.

Der Glück'sche Pandektenkommentar ist abermals um ein, wenn auch verhältnißmäßig recht winziges, Stückchen, seiner Vollendung näher gerückt worden durch einen weiteren Halbband der Ubbelohde'schen Darstellung[9]) des Interdiktenverfahrens. Er reiht sich seinen Vorgängern, über die bereits in früheren Bänden dieser Zeitschrift referirt wurde,[10]) würdig an durch die Solidität der Quellenforschung, das durchgängige selbstständige und besonnene Urtheil und die Faßlichkeit der Darstellung. Auch schreitet das Werk nunmehr rüstig voran. Die 322 Seiten der vorliegenden Abtheilung erledigen den sechsten bis zum elften Titel (ne quid in loco sacro fiat, de locis et itineribus publicis — der, von S. 16—212 reichend, seiner vorzüglichen Wichtigkeit halber den weitaus größten Theil des Buches umfaßt, ne quid in loco publico vel

---

[8]) H. Horten, Die Personalexekution in Geschichte und Dogma. Bd. I: Franken. Wien, Manz 1893. 243 S.

[9]) Glück's Kommentar, Serie der Bücher 43 und 44. Vierter Theil. Erste Abtheilung. Erlangen, Palm & Enke 1893. 322 S.

[10]) Bd. VI S. 366 und Bd. VII S. 176.

Digitized by Google

itinere fiat, de loco publico fruendo, de via publica et si quid in ea factum esse dicatur, de via publica et itinere publico reficiendo. Dem Charakter des Kommentars entſprechend, behandelt Verfaſſer den Stoff nicht rein antiquariſch, ſondern unterſucht jedes einzelne Interdikt auf ſeine praktiſche Anwendbarkeit. Die zweite Abtheilung des vorliegenden Bandes wird vom Verfaſſer in nahe Ausſicht geſtellt.

Ein eigenthümliches Werk, das ein erfreuliches Dokument für das Intereſſe bildet, mit dem man gegenwärtig auch im Auslande unſer deutſches Recht betrachtet, liegt in einem umfaſſenden „traité“ dreier Brüſſeler Advokaten — Braun, Hegener und Ver Hees — über das deutſche Civilrecht vor.[11]) Die Verfaſſer verfolgen mit ihrer Arbeit im Gegenſatz zu dem mehr ſyſtematiſchen und hiſtoriſchen Werke von Erneſt Lehr einen vorwiegend praktiſchen Zweck; bei der mehr und mehr ſteigenden Wichtigkeit des internationalen Privatrechts wollen ſie den belgiſchen und franzöſiſchen Juriſten, denen ihre praktiſche Thätigkeit die Berückſichtigung deutſchen Rechtes zur Pflicht macht, ein handliches und faßliches Nachſchlagebuch geben. Dementſprechend ſind die einzelnen Materien in der Titelfolge des Code civil dargeſtellt. In den Büchern und Titeln werden zunächſt allgemeine orientirende Bemerkungen vorangeſtellt; dann folgen in den einzelnen Paragraphen und Artikeln kurze und präziſe Angaben über das geltende Recht unter Gegenüberſtellung der gemein- und partikularrechtlichen Verſchiedenheiten. Angehängt iſt ein geographiſcher Index, der bei ſämmtlichen Gerichtsſitzen die politiſche Zugehörigkeit, das dort geltende Recht und den höheren Gerichtsbezirk, dem ſie angehören, angiebt. Auch zwei gute Ueberſichtskarten ſind dem Werke beigefügt. Die Verfaſſer ſchöpfen überall aus den offiziellen Quellen und den beſten Schriftſtellern, ohne die Darſtellung nach deutſcher Sitte durch Anmerkungen oder Anhäufung von Citaten zu überlaſten; die Lektüre wird dadurch zu einer äußerſt leichten und gefälligen.

Ob die partikularrechtlichen Angaben überall genau ſind, iſt natürlich auch einem deutſchen Schriftſteller ohne umfaſſendſte Nachprüfung feſtzuſtellen unmöglich; jedenfalls macht das ganze Buch den Eindruck einer ſoliden und im Allgemeinen recht zuverläſſigen Arbeit, die ihren Zweck gewiß nicht verfehlen wird und auch manchem deutſchen Praktiker ſchätzbare Dienſte zu leiſten vermag.

b) Allgemeiner Theil.

Der allgemeine Theil des Privatrechts gewährt mit ſeinen mannigfaltigen und ſchwierigen Problemen noch immer für alle theoretiſch und konſtruktiv angelegten Naturen einen ganz beſonderen Reiz. So weiſt denn auch die diesmalige Berichtsperiode wieder drei größere Arbeiten auf, von denen jede einzelne ein bedeutſames, hierher gehöriges Problem zum Vorwurf nimmt; es

---

[11]) Al. Braun, Th. M. Hegener und Em. Ver Hees, traité pratique de droit civil allemand. Bruxelles, Bruylant-Chriſtophle, und Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht 1893. XXXIV u. 564 S.

Digitized by Google

sind die Schriften von Pfaff,[12]) Ehrlich[13]) und v. Lyskowski.[14]) Die erstgedachte zeigt großen Fleiß und umfassende Litteraturkenntnisse und enthält, vorzüglich in ihrem werthvollen kritisch-dogmengeschichtlichen Theil (S. 20—62), eine wahre Fundgrube für das in Betracht kommende Material. Unter dieser großen Belastung scheint der Verfasser selbst dann aber leider erstickt zu sein, wenigstens ist es ihm nicht gelungen, eine leichte und übersichtliche Darstellung, aus der man sich ein klares Bild über seine eigene Ansicht machen könnte, zu geben. Eine abschließende Leistung bildet aus diesen und anderen Gründen Pfaff's Buch keineswegs, wohl aber eine dankenswerthe Bereicherung der Litteratur, die ihrem jugendlichen Verfasser Ehre macht.

In der Sache wendet sich Pfaff vornehmlich gegen Thöl, der eine zweifache Art des in fraudem legis agere angenommen hatte, gelegentlich einmal durch falsche Auslegung des Rechtssatzes, das andere Mal durch Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes (S. 16 ff.). Dagegen liegt nach Ansicht des Verfassers auch in den Fällen der Entstellung des Thatbestandes eine falsche Auslegung des Rechtssatzes vor, sodaß die Thöl'sche erste Art der zweiten untergeordnet werden muß (S. 59). Nicht minder polemisirt er gegen Bähr, dem gegenüber er schlagend darthut, daß das simulirte und das in fraudem legis geschlossene Geschäft keineswegs ausschließende Gegensätze bilden (S. 90 ff.), wenngleich sie darum nicht, was man vor Bähr vielfach unbeachtet ließ, zusammenfallen. Sehr beachtenswerth ist auch die scharfsinnige Unterscheidung zwischen dem Handeln in fraudem creditorum und dem in fraudem legis (S. 114). Ersterenfalls werden nur die subjektiven Rechte der Gläubiger verletzt, während bei diesem nach dem Plane des fraudator das anzuwendende Gesetz überhaupt nicht zur Anwendung kommen soll, also eine Verletzung des objektiven Rechtes vorliegt. Sein Ergebniß faßt Verfasser in dem Satze zusammen: das in fraudem legis agere beruht immer auf einer absichtlich falschen wörtlichen Interpretation des Rechtssatzes, d. h. es läßt sich immer auf eine solche zurückführen (S. 152). Um ihm thunlichst einen Riegel vorzuschieben, sollten die Gesetze es aufgeben, ihren Worten nach bloß den Einzelfall zu normiren, vielmehr das Prinzip selbst geradezu aussprechen (S. 170).

Auch Ehrlich's Buch ist eine beachtenswerthe Leistung, ja es gehört zweifellos zu dem Bedeutsamsten, was unsere diesmalige Rundschau aufweist. Verfasser hat darin ein eben so schwieriges wie prinzipiell und praktisch wichtiges Thema in Angriff genommen, das, wie wenig andere, der Bearbeitung bedürftig war und, wie wir hinzufügen müssen, auch nach der vorliegenden Schrift noch immer ist. Denn abschließend können derartige Lehren durch die

---

[12]) Dr. Ivo Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Wien, Manz 1892. VI u. 170 S.

[13]) Dr. E. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1893. XII u. 296 S.

[14]) J. v. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exceptionen; 1. Begriff der exceptio. Berlin, Guttentag 1893. XXIII u. 178 S.

Digitized by Google

nothwendig einseitige Thätigkeit eines Einzelnen wohl niemals behandelt werden.

Der Verfasser erörtert sein Thema in durchaus selbstständiger Weise. Statt, wie üblich, die begriffliche Analyse zum Ausgangspunkt zu nehmen geht er rein induktiv zu Wege und untersucht zuvörderst die konkreten Fälle, in denen mit dem Begriff der stillschweigenden Willenserklärung operirt wurde. Dementsprechend mußte er ein enormes Quellenmaterial aus den Gebieten der modernen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Litteratur zu Rathe ziehen; insbesondere hinsichtlich der Entscheidungen zeigt er eine seltene und höchst anerkennenswerthe Belesenheit. Ja, es will uns bedünken, er habe in ihrem Anführen bisweilen des Guten ein wenig zu viel gethan, indem er sein Buch mit seitenlangen Referaten belastet, die den Leser den Zusammenhang mitunter verlieren lassen können. Freilich hat Verfasser dafür gesorgt, die gewonnenen Resultate übersichtlich zusammenzustellen (S. 111 u. 286). Und diese Resultate sind wahrlich neu und überraschend genug![14a]) Die meisten Fälle, so lehrt er, in denen wir gemeinhin „stillschweigende" Willenserklärungen finden, gehören in Wahrheit zu den ausdrücklichen, oder unterscheiden sich doch von ihnen durch keinerlei Eigenthümlichkeiten. In diesem Sinne bezeichnete man häufig als stillschweigende Willenserklärungen a) den Sinn einer in Worte gefaßten Erklärung: so wenn er durch Verwerthung einer Usance, oder überhaupt „durch tieferes Eingehen auf die Intention der Parteien" in die Erklärung hineininterpretirt ward; b) jede nicht in Worte gefaßte Erklärung, einerlei ob sie durch symbolische oder mimische Handlungen, durch das ganze Verhalten der Partei oder durch Erfüllungshandlungen erfolgte.

Hinsichtlich der Klasse a sind wir mit dem Verfasser einverstanden. Was der Sinn einer „ausdrücklichen" Erklärung ist, das muß selbstverständlich von jedem nach den Prinzipien des bonum et aequum urtheilenden Richter „durch tieferes Eingehen auf ihre Intention" ermittelt werden. Aber darum ist hier nicht von stillschweigenden Erklärungen zu reden; der Kreis des ausdrücklich Erklärten geht über den des unmittelbar verbis expressis Ausgesprochenen weit hinaus. Anders steht es mit der zweiten Klasse. Das Normale ist es doch immer, daß Jemand seine rechtliche Absicht direkt erklärt; davon muß man unseres Erachtens die Fälle sondern, in denen trotz Mangels solcher direkten Erklärung das sonstige Verhalten derP artei genügende Rückschlüsse auf ihren Geschäftswillen zuläßt (cf. die guten Bemerkungen S. 57). Die gemeinsamen Kriterien für solche Fälle aufzusuchen, sie zusammenzustellen und nach allgemeineren Gesichtspunkten einzuordnen, ist doch wahrlich eine Aufgabe, des Schweißes der Edlen werth!

Auch nicht mit allen Einzelheiten dieses Theiles der Arbeit sind wir einverstanden. Wenn Verfasser S. 74 z. B. behauptet, die Eingehung eines Mandatsverhältnisses bloß durch Handlungen sei undenkbar, so halten wir das für den Fall, daß die Handlungen mit Vorwissen des dominus negotii in Angriff genommen sind, für verfehlt.

[14a]) cf. freilich schon G. Hartmann im civ. Archiv Bd. 72 S. 161 fg.

Digitized by Google

Diesem ersten, „die ausdrückliche Willenserklärung“ genannten Theil seiner Arbeit stellt Verfasser einen zweiten gegenüber unter dem Titel „Realabschluß der Verträge“ (S. 112—224), an den sich dann noch einige „besondere Fälle“ anreihen (S. 225—286). Das hier Behandelte unterscheidet sich von den bisherigen Fällen dadurch, daß hier die Erklärung der Aneignung nicht dem Gegner gegenüber erfolgen muß, sodaß „ein wesentliches Merkmal der ausdrücklichen Willenserklärung fehlt“ (S. 114). Beispiel: Annahme einer Offerte durch Verfügung über die angebotene Waare, relocatio tacita, Verfügung des Anfechtungsberechtigten über den Vertragsgegenstand. Als Willenserklärungen darf man diese Akte in Wahrheit überhaupt nicht ansehen — wird doch bei ihnen, wo der Gegner des Aneignenden überhaupt in voller Unkenntniß von dem ganzen Vorgang sein kann und wo es auf seinen Willen gar nicht ankommt, von einem sonst streng festgehaltenen Erforderniß der Willenserklärungen abgesehen (S. 136). Dies um so mehr, als die Aneignung der angebotenen Leistung keineswegs Ausdruck des Annahmewillens zu sein braucht. Sie zieht vielmehr auch ohnedies dieselben Rechtsfolgen wie die gewöhnliche Willenserklärung nach sich, bildet somit neben der letzteren die zweite Quelle vertragsmäßiger Rechtsfolgen (S. 157). Ja, indem der Mangel des Willens, den angebotenen Vertrag abzuschließen, hier weiter nicht in Betracht kommt, haben die Fälle der realen Leistung und realen Annahme eine größere Kraft als die wörtliche Willenserklärung (S. 163).

Um zu diesen originellen und scharfsinnigen Ausführungen selbstständige Stellung zu nehmen, müßten wir hier zu weit ausholen. Ueberzeugt haben sie uns, wie wir bemerken wollen, im Großen und Ganzen keineswegs. In den qu. Fällen lag die Sache meist so, daß der „Offerent“ auf eine ausdrückliche Rückäußerung des Oblaten verzichtete, sodaß mit dessen, dem ersteren eben durch das Ausbleiben der Antwort bezw. Rücksendung bewußt werdenden Stillschweigen — und um wie viel mehr durch seine Aneignungshandlung — das Geschäft perfekt wurde. Auf seiner Seite vollends lag dann ein, zum mindesten eventueller, Geschäftswille vor; so in dem instruktiven Fall S. 149, wo der Oblat trotz Nichtgenehmigung der Waare über dieselbe wegen ihrer momentanen Unentbehrlichkeit verfügte. Hier hat die Fabrik eben, wie man sagen kann, „nolens volens“ die Waare acceptirt. Der besondere „Aneignungswille“ des Verfassers (S. 154) ist ein chimärisches Ding!

In den übrigbleibenden Fällen muß die anzunehmende Verpflichtung des Aneignenden einfach auf außerkontraktliche Bereicherung zurückgeführt werden. Das giebt auch Verfasser S. 166 zu, nur soll hier nicht die Bereicherung, sondern die dafür beanspruchte Gegenleistung kondizirt werden.

Wenn im Uebrigen in den in diesem Theil vom Verfasser besprochenen Fällen auch schon das bloße Stillschweigen als Zustimmung gelten kann, sobald eine Verpflichtung zur Aeußerung vorlag (S. 220), so ist das kein Beweis für ihn. Denn nicht sowohl das bloße negative Stillschweigen schafft hier die Rechtswirkung, sondern der in ihm, wie in jedem Unterlassen, möglicherweise implicite liegende Willensentschluß. Die Bemerkungen S. 285 sind hiergegen nicht durchschlagend.

Digitized by Google

Als besondere Fälle, auf die hier trotz ihres großen Interesses nur hingewiesen werden kann, bespricht Ehrlich 1. das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 2. Verjährung und Verschweigung, 3. die Faktura.

Die Schrift v. Lyskowski's ist gleichfalls anregend und nicht ohne Geist, aber in ihren Grundgedanken unseres Erachtens ganz verfehlt. Nach v. Lyskowski ist die exceptio nicht eine historische, nur mit der römischen Gerichtsverfassung zusammenhängende, sondern eine logische Kategorie; sie beruht auf dem Gegensatz des objektiven (nicht etwa subjektiven!) Rechts als solchen und des Rechts in seiner Anwendung.

Das objektive Recht in seiner prozessualen Anwendung sind die actiones (S. 5); das subjektive Recht kommt dabei gar nicht in Betracht, da nicht die actio, sondern erst das „habeo actionem" subjektives Recht schafft (S. 12). Nicht minder erklärt sich der Unterschied der Ausdrücke „ipso iure" und „ope exceptionis" aus dem Gegensatze des Rechts als solchen und in seiner Anwendung (S. 26). Wie die actio, so gehört auch die exceptio dem Recht in der Anwendung an; beide Institute stehen auf demselben Boden und zu einander in engster Beziehung (S. 54). Ist keine exceptio vorhanden, so wird die actio nach den Grundsätzen des Rechts als solchen ertheilt; erleiden diese in der Anwendung eine Aenderung, so greift man zur exceptio. Diese schafft somit wieder eine Aenderung des Rechts in seiner Anwendung; dabei bewirkt sie möglicherweise (Beispiel: exc. dominii gegenüber der Publiciana), daß wieder dem Effekt nach das Recht als solches zur Geltung kommt gegenüber dem für die actio maßgeblichen Recht in seiner Anwendung. Gleichbedeutend ist es danach dem Verfasser, ob die Wirkung ope exceptionis oder durch denegatio actionis eintritt (S. 43).

Gegen die herrschende Meinung, welche durch die Einwendung einer exceptio das subjektive Recht nur in seiner Wirkung gehemmt werden läßt, zieht v. Lyskowski energisch zu Felde (S. 96); man darf den Römern das Unding nicht zutrauen, daß sie Jemandem an sich ein Recht geben, andererseits es aber nicht geben (S. 98), denn „Recht ist den Römern nur das Recht in seiner Anwendung". Die Römer kannten nur ein dare oportere oder non oportere (S. 102).

Man sieht leicht, daß in diesen Ausführungen ein ganzes Nest von Widersprüchen steckt. Recht ist den Römern nur das Recht in seiner Anwendung — ein nicht anwendbares, weil gehemmtes subjektives Recht ist ein Unding: und doch ist das objektive Recht „als solches" so mächtig, daß man die exceptio einführen muß, um ihm einen Damm entgegenzusetzen! Die actio gehört zum Recht in seiner Anwendung, und doch wird sie ertheilt nach den Grundsätzen des Rechts als solchen — welches Zwitterwesen! Daß die Römer mit der lex Cincia, dem Sct. Macedonianum nicht „das Recht als solches", sondern „das Recht in seiner Anwendung" hätten ändern wollen, ist eine Annahme, die ihnen ein eigenthümliches Maß von scholastischer Spitzfindigkeit imputirt.

Ist die actio schon das Recht in der Anwendung, so muß die exceptio

Digitized by Google

das Recht in der Anwendung wieder in seiner Anwendung hemmen und nicht direkt, da bekanntlich die Zuständigkeit einer exceptio die actio nicht ausschließt, sondern nur hemmt. So kommen wir zu einem angewandten Recht in der Anwendung; eine höchst wundersame Vorstellung!

Nach der Ansicht des Verfassers kann von einem subjektiven Recht nur die Rede sein, wenn Kläger nicht nur eine actio, sondern auch eine durch exceptio nicht entkräftbare actio hat. Also der Gläubiger, dem die Einrede der Verjährung, der Kompensation, der Eigenthümer, dem die exceptio retentionis (doli) entgegensteht, ist ein Nichtberechtigter! Oder vielmehr, da die vindicatio des dominus im letzteren Falle dritten Besitzern gegenüber zuständig bleibt, ist er diesen gegenüber berechtigt, dem Retentionsberechtigten gegenüber nicht berechtigt. Welch eigenthümliches Resultat! Doch es sei: die Folge wäre alsdann unbestreitbar, daß Abweisung der Klage wegen Fehlens des dare oder facere oportere von Amtswegen eintreten müßte — eine Folgerung, die v. Lyskowski denn auch für das heutige Recht anscheinend zieht (S. 107, 112). Sich mit der entgegenstehenden modernen Rechtsprechung und Wissenschaft darüber auseinanderzusetzen, unterläßt Verfasser. Er scheint sich auch die mehr als wundersamen Konsequenzen nicht vorzustellen, die aus seiner Ansicht hervorgehen; der Richter, päpstlicher als der Papst, muß nicht nur die Einrede der Verjährung, nein auch der Kompensation und Retention von Amtswegen berücksichtigen.

Verfasser versucht dann noch seinen Begriff der exceptio an der exceptio doli gegenüber der Stipulationsklage durchzuführen (S. 117—170), ohne dadurch unseres Erachtens für seine Theorie Stützpunkte zu finden. Wir können diese rein historischen Untersuchungen hier bei Seite lassen.

Außerdem mag an dieser Stelle noch eines Aufsatzes des Referenten über den Dinglichkeitsbegriff[15]) gedacht werden, der den Nachweis versucht, daß das Sachenrecht den Sachgenuß nicht zum Inhalt, sondern nur zum Zweck hat, seiner Struktur nach nichts als ein absolutes Recht ist, freilich von den anderen absoluten Rechten (Autor-, Namensrecht ꝛc.) dadurch geschieden, daß „der dingliche Anspruch stets und ausschließlich die Unterlassung eines so oder so qualifizirten Einwirkens auf irgend ein körperliches Gut erheischt". Einen gleichen Inhalt kann auch ein Forderungsrecht haben (so die Miethe), dies aber keineswegs immer (so der Dienstvertrag), und jedenfalls nur gegen einen bestimmten Gegner (als relatives Recht) gerichtet.

Derselbe Band enthält einen kurzen Aufsatz von Eisele[16]) über die Wirkung der Verjährung bei Forderungsrechten — das Klagerecht, obzwar dem Privatrecht angehörig, ist dem Recht bezw. Anspruch gegenüber etwas Selbstständiges; somit ist die Aufhebung des Klagerechts ohne eine gleichzeitige des Anspruches jedenfalls denkbar (S. 392); sie ist aber auch nach den Quellen im Falle der Klageverjährung positiv anerkannt.

---

[15]) In Ihering's Jahrb. Bd. 31 S. 415—467.

[16]) Das. S. 379—414.

Digitized by Google

Verwandte Probleme sind es zum Theil, mit denen sich die größere Abhandlung von Hellmann im selben Bande befaßt[17]) („Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch"). Hellmann verwirft den von Wach konstruirten prozessualischen Rechtsschutzanspruch und erklärt das Klagerecht für eine durch die Privatrechtsordnung verliehene Befugniß, obwohl er andererseits nicht verkennt, daß es Klagerechte ohne ihnen zu Grunde liegende subjektive Rechte gebe. Alsdann hat der Betreffende die Befugniß zur Klage um deswillen, weil zwar nicht, wie in den normalen Fällen, die Nichtbefriedigung eines subjektiven Rechts, wohl aber eine anderweitige Gefahr das Schutzbedürfniß hervorruft (S. 105). Das wird auf das Feststellungsklagerecht angewendet (S. 106 ff.). Auch gegen die von Wach behauptetete dreifache Bedeutung des Wortes „Anspruch" im Sinne der C.-P.-O. zieht Verfasser zu Felde; nach ihm ist als einheitlicher Anspruchsbegriff verwerthbar „der Begriff einer privatrechtlich verliehenen Macht zur Herbeiführung einer der Privatrechtsordnung entsprechenden Entscheidung des Gerichts im Sinne des Antrages einer Partei" (S. 135).

c) Sachenrechte.

Die dinglichen Rechte sind, abgesehen von einem umfassenden Werke von Schelcher über die Enteignung, dessen Besprechung wir uns für den nächsten Bericht vorbehalten, nur durch einige kürzere Arbeiten vertreten. Zunächst ist ein Aufsatz Ihering's über den Besitz zu erwähnen, der, vor zwei Jahren im Handwörterbuche der Staatswissenschaften erschienen, einer Absicht des verewigten Meisters entsprechend, im neuesten Hefte der „Jahrbücher"[18]) abgedruckt ist. Er enthält in kurzen, markigen Zügen eine Darstellung vom Wesen des Besitzes und seiner Bedeutung für das Recht („der Besitz als Inhalt eines Rechts, als Voraussetzung der Entstehung eines Rechts, als Grund des Rechts, das Motiv des Besitzschutzes, der Besitz ein Recht u. s. w."). Für den Kenner von Iherings's früheren Besitzschriften bietet der Aufsatz seinem Zweck entsprechend kaum etwas Neues; um so eher eignet er sich für denjenigen, der sich in kurzen Zügen ein Gesammtbild von der ebenso geistvollen wie anfechtbaren Besitztheorie des großen Todten verschaffen will.

Die Lehre von der Spezifikation stellt eine Erstlingsschrift von Aug. Paret[19]) in gefälliger und klarer Weise dar. Zunächst wird eine kurze und gewandte Uebersicht über die römische Lehre gegeben, freilich ohne daß erhebliche neue Gesichtspunkte vorgebracht würden. Verfasser vertheidigt das Arbeits-

[17]) Das. S. 79—136.

[18]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 32 S. 41—98. Dasselbe Heft enthält eine sehr lesenswerthe und werthvolle biographische Skizze Ihering's aus der Feder seines alten Lieblingsschülers Ad. Merkel, sowie ein gelungenes Portrait des Verstorbenen.

[19]) Dr. Aug. Paret, Die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Spezifikation in ihrer Entwickelung bis zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Leipzig, Besold 1892. VIII u. 72 S.

Digitized by Google

prinzip, indeß ohne tieferliegende Begründung: so bestreitet er unseres Erachtens sehr zu Unrecht, daß das — auch von ihm anerkannte — Requisit der bona fides des Spezifikanten mit dem Eigenthum schaffenden Vorgang des Verarbeitens im Zusammenhange stehe (S. 29), als ob die rein physische Thatsache der Arbeit den Erwerb des Arbeiters begründen könnte und dieser Erwerb nicht vielmehr ein zu Gunsten der volkswirthschaftlich-produktiven Thätigkeit geschaffenes Ausnahmerecht, das Unwürdigen selbstverständlich nicht zu Gute kommen darf, enthielte! Dankenswerth ist die sorgfältige Zusammenstellung der bezüglichen Bestimmungen der neueren Gesetzgebung und die Kritik der §§. 893—897 des Entwurfs.

Eine fleißige Dissertation von Hohenemser[20]) befaßt sich mit der Lehre von der Konsumtion des Geldes. Als Grund des bekannten Satzes der l. 78 D. 46, 3, daß durch unscheidbare Vermischung fremder Geldstücke mit eigenen der Empfänger Eigenthum erlangt, thut sie im Anschluß an ältere Meinungen des Donellus und Savignys den dar, daß dem nichtbesitzenden Eigenthümer durch eine solche Vermischung sowohl die Möglichkeit der faktischen Ausübung seines Eigenthums an den vermischten Münzen, als auch die der gerichtlichen Geltendmachung dieses Rechts entzogen ist. Daher ist jene Rechtsfolge durch die Forderungen der naturalis ratio geboten (S. 65). Nur bei unscheidbarer Vermischung tritt sie danach ein, und die Frage eines etwaigen persönlichen Ersatzanspruches des bisherigen dominus wird durch die eingetretene Rechtsänderung natürlich nicht präjudizirt.

In einem ausführlichen Aufsatz[21]) behandelt Stampe die cessio vindicationis. Indeß ist ihm die Darstellung der behandelten Materie nicht Selbstzweck; sie soll ihm vielmehr nur als Musterbeispiel dienen, um die Verwerflichkeit und Leistungsunfähigkeit der bisher in der Rechtswissenschaft herrschenden „formaljuristischen" Methode darzuthun (S. 307, 308, 309), der er die „zweckjuristische" gegenüberstellen will. Dementsprechend stellt er die in der behandelten Lehre erzielten Resultate der Forschung zusammen, ohne sich in ausführlichere begriffliche Erörterungen einzulassen, unterwirft sie vielmehr nur vom Standpunkt ihrer praktischen Brauchbarkeit aus an der Hand der in Frage kommenden, den Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtsfälle einer ziemlich scharfen, oft das Richtige treffenden Kritik (S. 362 ff.). Alsdann geht er auf die Gründe der hervorgetretenen Mängel über — sie liegen sämmtlich in Verstößen „gegen die vornehmste Aufgabe unserer Wissenschaft, die Ausgestaltung der Rechtsordnung gemäß dem Bedürfniß des praktischen Lebens". Stampe's Anschauungen decken sich zum großen Theil mit den von Bekker in seiner

---

[20]) Hermann Hohenemser, Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung. Marburger Dissertation. Marburg 1892. VIII u. 80 S.

[21]) E. Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Ein Musterbeispiel für die praktischen Verstöße unserer Wissenschaft und ihre Gründe. Archiv f. civ. Pr. Bd. 80 S. 305/427.

Digitized by Google

Festschrift vorgetragenen Ideen. So viel Richtiges zweifellos an ihnen ist, so sehr auch wir die noch immer vorherrschende, einseitig konstruktive Methode beklagen, so einseitig und darum im Grunde verfehlt ist doch der Stampe'sche Angriff. Wo eine solche Mißachtung gegen alles Operiren mit Begriffen zu Tage tritt (cf. z. B. S. 422, 424 ff.), wie bei ihm, da bleibt schließlich für die Rechtswissenschaft keine andere Rolle mehr übrig, als die einer Sammlerin systemloser Nützlichkeitsrezepte. Bezeichnend ist, daß Verfasser selbst im vornehmsten aller Privatrechte, im Eigenthum, nichts sieht als „ein Konglomerat verschiedenartiger selbstständiger Befugnisse" ohne einheitlichen Inhalt (S. 424). Zu festen Resultaten wird man, wenn die Ansicht des Verfassers das Feld behaupten sollte, schwerlich noch gelangen, — was nützlich und praktisch ist, darüber wird leicht Jeder seine besondere Meinung haben. Denn „eben wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein".

d) Forderungsrechte.

Etwas stärker vertreten ist, wie gewöhnlich, auch diesmal die Lehre vom Forderungsrecht. Ein praktisch wichtiges und theoretisch interessantes Thema hat Thon in seiner Abhandlung im civilistischen Archiv[22]) über die „Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte" zum Vorwurf genommen. Die früheren Konstruktionsversuche einer solchen Haftung, so die Zuhülfenahme der actio doli (S. 72), des Garantievertrages (S. 74) und Mandates (S. 76) unterzieht Verfasser einer gediegenen Kritik, worauf er dann selbst die auch von ihm als unabweisbar angenommene Haftung auf das „positive Institut" der negotiorum gestio aufzubauen versucht. Den Einwand, daß es sich hier seitens des Oblaten doch nicht um negotia aliena, sondern um communia handle, beseitigt Thon überzeugend durch den Nachweis, daß die Quellen das „alienum negotium" nicht durch das gleichzeitige Interesse des Geschäftsführers ausgeschlossen sein lassen. Auch die anderen Erfordernisse, als utilitas, animus recipiendi liegen, richtig verstanden, in unserem Falle vor. Was die Höhe des Anspruches anlangt, so giebt „die Höhe des Erfüllungsinteresses stets die oberste und unübersteigliche Grenze ab für die Berechnung des negativen Vertragsinteresses". Innerhalb dieser Grenze kann der Oblat nur diejenigen Aufwendungen in Rechnung stellen, die er im Interesse des Offerenten gemacht hat (S. 96, 98). Ohne uns durch diese Ausführungen für ganz und gar überzeugt zu erklären, müssen wir Thon's Konstruktion nicht nur als möglich bezeichnen, sondern ihr auch vor den anderen bisherigen Versuchen in dieser Richtung entschieden den Vorzug zuerkennen.

Durch Wendt's Abhandlung über den Realverbalkontrakt (Jahrb. Bd. 28 S. 1) ist zwischen ihm und Pernice eine lebhafte litterarische Kontroverse entstanden. Pernice[23]) bestreitet in beachtenswerthen und überzeugenden Aus-

[22]) Archiv Bd. 80 S. 64—102 (ursprünglich als Festschrift für Leist gedruckt).

[23]) Parerga IV; Sonderabdruck — nach dem hier citirt wird — aus Bd. XIII der Zeitschr. der Savigny-Stiftung.

Digitized by Google

führungen die Möglichkeit der neuen Vertragsfigur seines Gegners; ward in Rom beim Darlehen die Rückzahlung der geliehenen Summe stipulationsweise zugesagt, so entstand damit ein gewöhnlicher Stipulationsanspruch; an Novation wird dabei von den klassischen Juristen nicht gedacht (S. 20). Die res kommt nur als causa stipulationis in Betracht.

Dem gegenüber hält Wendt in seiner Replik[24]) an seiner Behauptung fest, die Stipulation habe an dem materiellen Wesen der Darlehensschuld nichts zu ändern vermocht (S. 147). Daher konnte der Stipulationsklage gegenüber der Beklagte die exceptio doli einwenden und damit den Kläger zum Beweise zwingen. Pernice dagegen läßt den Beklagten ursprünglich die Beweislast getragen haben und diese erst durch eine spätere Entwickelung auf den Kläger abgewälzt sein (S. 31 ff.). — Unseres Erachtens ist Pernice's sorgfältige Forschung auch in diesem Punkte durchschlagend; für sein Resultat sprechen aber auch allgemeinere Gründe. Nichts ist bekannter, als daß in der Kaiserzeit die Stipulation gänzlich entartete und, wie Mitteis es treffend ausgedrückt, zur allgemeinen sinn- und inhaltslosen Floskel herabsank. Nichts war natürlicher, als daß auch das Recht ihr mehr und mehr Mißtrauen entgegenbrachte — man denke nur an die bekannten Bestimmungen über die cautio indiscreta, in denen Dernburg (Pandekten II. §. 22 Nr. 6) mit einem treffenden Wort „das Grabgeläut der abstrakten Stipulationen im römischen Rechte" sieht. Harmonirt das nicht trefflich mit dem von Pernice und seinen Vorgängern in unserer Frage angenommenen Entwickelungsgang?

Die vielberufene Lehre von der vis maior erörtert H. v. Hollander in einer kleinen selbstständigen Abhandlung.[25]) Er will keine erschöpfende Darstellung der Lehre bieten, sondern nur einen Beitrag geben, der, „wenn auch nicht anders, so doch vielleicht durch seine Irrthümer den richtigen Weg finden hilft". Auf eine erschöpfende Berücksichtigung der Litteratur wird daher verzichtet.

Den Begriff der vis maior kann man nur finden durch Erforschung desjenigen der custodia; denn vis maior beginnt dort, wo die custodia-Haftung aufhört (S. 56, 62). Custodia aber hat eine zwiefache Bedeutung: a) einmal als vertragsmäßig übernommene custodia. Sie entstammt einer Zeit, in der die Ausbildung der Haftung für culpa (vornehmlich für culpa in non faciendo) noch in den Kinderschuhen steckte; sie hat daher ein gutes Theil ihrer inneren Bedeutung und äußeren Anwendbarkeit durch die seinere Ausbildung des culpa-Begriffes verloren. Das charakteristische Merkmal dieser custodia-Haftung ist, daß bei Feststellung der Haftbarkeit nicht das jeweilige Verhalten des Verhafteten an der Handlungsweise eines diligens pater familias gemessen wird, „sondern einfach der objektive Thatbestand in all' seinen Eigenthümlichkeiten, verglichen mit den Erfahrungen des Lebens in ähnlichen Fällen und

[24]) Jahrb. Bd. XXXII S. 124—156.

[25]) H. v. Hollander, Vis maior als Schranke der Haftung nach römischem Recht. Jena, Fischer 1892. VI u. 62 S.

Digitized by Google

Verhältnissen, zur Grundlage der Feststellung genommen wird." Die custodiae praestatio fordert somit im Gegensatz zur diligentia den objektiven Maßstab für die Begrenzung der Haftpflicht (S. 55). Hollander giebt damit im Wesentlichen Exner, gegenüber der subjektivistischen Theorie seiner Gegner, Recht. Was er an seinen Ausführungen tadelt, ist nur, daß er einmal die historische Entwickelung nicht gehörig untersucht habe. Und dann gäbe es Fälle, in denen der casuelle Charakter prima facie evident sei, nur ausnahmsweise. „Das vielgestaltige Leben läßt sich in derartige Schablonen nicht bannen, die einzelnen Fälle belehren da eines Besseren" (S. 58). Gegen Goldschmidt's Theorie wendet Verfasser vornehmlich ein, daß sie mit dem quellenmäßigen „sine culpa teneri" in unlöslichem Widerspruch stehe. b) Zweitens wird custodia aber auch gebraucht als „custodia diligens". Hier bezeichnet die custodia-Haftung nichts als eine inhaltlich besonders qualifizirte Art der culpa-Haftung, eine Haftung für diligentia in custodiendo, die keines besonderen pactum adiectum benöthigt (S. 30).

In einer beachtenswerthen Arbeit behandelt Wendt[26]) die wichtige Lehre vom „eigenen Verschulden". Für die Beantwortung der Frage, inwieweit ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigten auf dessen Ersatzanspruch von Einfluß sei, müsse man an Stelle des „formalen" Kompensationsgedankens den Gesichtspunkt maßgebend sein lassen, wem in concreto das überwiegende Verschulden zur Last falle. Richtig verstanden, haben schon die Pandekten dies Moment berücksichtigt.

Da sie zum Theil dieselben Probleme ins Auge faßt, mag im Anschluß an Wendt's Aufsatz Endemann's neuester interessanter und trefflich geschriebener Schrift[27]) gedacht werden. Ihn hat zu deren Abfassung ein praktischer Fall veranlaßt — ein Arbeiter war im schließlichen Verlaufe einer im Betriebe erlittenen Verletzung vom „grauen Staar" befallen worden und weigerte sich nun beharrlich, die Operation an sich vornehmen zu lassen, wollte vielmehr lieber als erblindet die Unfallrente beziehen. Ist er dazu berechtigt? Endemann geht zur Beantwortung der Frage zunächst in Kap. I auf den Kausalzusammenhang und seine Unterbrechung ein. Jener ist „die menschliche Vorstellung von dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge" (S. 5); kausal ist das zu nennen, was nach unserem Verstehen der Weltorganisation eine wahre Ursache von Veränderungen ist (S. 9). Ferner (S. 7): „Kausalzusammenhang bedeutet nur: auf welchen Menschen ist die Haftung für einen schädigenden Erfolg zurückzuführen". So sehr wir uns mit der ersteren Definition einverstanden erklären können, so bedenklich erscheint uns letztere Bemerkung; ist doch die Haftung nicht sowohl Voraussetzung, als vielmehr Folge des Kausalzusammenhanges. Kausal sind danach, so deduzirt Verfasser weiter, nur Handlungen, nicht Unterlassungen (S. 11 ff.). Die Beweisführung des Verfassers für diese über-

[26]) Jahrb. Bd. XXXI S. 137—189.

[27]) Fr. Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1893. IV u. 130 S.

Digitized by Google

raschende und mit der herrschenden (cf. dagegen statt Aller Zitelmann, Irrthum S. 61 ff.; Bünger, Ueber Vorstellung, Wille und Handlung S. 32 ff.) Lehre im Widerspruch stehende Behauptung kann als zwingend kaum anerkannt werden. Gewiß ist nicht jede Unterlassung kausal; so in dem Beispiel S. 19: Jemand liest, auf dem Sopha liegend, von dem bevorstehenden Bankerott des X, den er durch Ausfüllen des beigelegten Wechsels retten könnte, und unterläßt diese Rettung; wohl aber ist dies diejenige, von der sich sagen läßt, daß das Nicht-Eintreten der in Frage kommenden Handlung den nachtheiligen Erfolg verursacht hat. Anders das Beispiel S. 68 (Jemand wirft unvorsichtiger Weise eine Lampe um und bleibt, obwohl er noch löschen könnte, unthätig, so daß der Brand um sich greift): wird hier nicht der korrekt denkende Mensch viel eher das Nichtlöschen als Ursache des Brandes ansehen, als das Umwerfen der Lampe? Wann das Eine und wann das Andere vorliegt, das läßt sich nicht mit formell-logischen Kriterien bestimmen — darüber müssen moralische und soziale Momente zu Gericht sitzen. Zieht man die „Regel des Lebens" zu Rathe, so wird sich in den allermeisten Fällen das Eine oder das Andere zweifelsfrei ergeben.

Damit die Unterlassung, wo sie kausal ist, einem Menschen zur Last gelegt werde, muß freilich noch ein Mehreres hinzukommen: einmal ein menschlicher Willensakt, durch den sich der Betreffende zu einem Unthätigbleiben bestimmt, und dann das Vorhandensein einer irgendwie begründeten Rechtspflicht zum Handeln. Die Möglichkeit derartiger Willensakte verkennt Verfasser (cf. S. 11, 19, 29), für ihn ist der Begriff Unterlassung nur zu verstehen als die Negation der kausalen Handlung. Aber ist denn das freilich negative „nicht Handeln" identisch mit dem positiven, durch Willensentschluß hervorgerufenen „Nichthandeln"?

Die unumstößliche Thatsache, daß auch für Unterlassungen oft gehaftet wird, erklärt Endemann S. 69 in wenig befriedigender Weise. Wenn soziale Pflicht und Polizeiverordnung gebieten, haftet der Anlieger des Bürgersteiges dafür, diesen in einem den ungefährdeten Verkehr garantirenden Zustande zu halten (S. 31, 32). Wäre nur dies der Grund für die Haftung, dann wäre schließlich alles Zuwiderhandeln gegen positive Pflichten nur ein einheitliches, polizeiliches Delikt; auf den rechtlich gemißbilligten besonderen Erfolg käme es dann nicht an. Ob Jemand nur fällt oder den Arm oder vielleicht gar das Genick bricht, müßte dann in solchem Falle gleichgültig sein.

Kann eine Unterlassung nach Endemann nicht kausal sein, so muß auch die Frage, ob sie den Kausalzusammenhang unterbrechen könne, entschieden verneint werden; die Nichtvornahme der Handlung (hier der Operation) läßt den — sonst unterbrochenen — Kausalzusammenhang ruhig weiterwirken (S. 47). Ja, selbst die Weigerung, Medizin zu nehmen, sich verbinden zu lassen, soll auf den Kausalnexus ohne Einfluß sein! (S. 49.)

Eine andere Frage ist aber, ob nicht die Frage der culpa-Kompensation für die rechtliche Bedeutung der Operationsverweigerung in Betracht zu ziehen sei. Darüber verbreitet sich Kap. II S. 51—76. Ueber das Verhältniß von

Digitized by Google

Unterbrechung des Kausalnexus und konkurrirender Verschuldung finden sich dort sehr beachtenswerthe Bemerkungen (S. 57, 66), aus denen sich insbesondere ergiebt, daß nur gleichzeitige culpa des Verletzten als haftungsausschließend in Betracht kommen kann. Nachfolgende culpa kann nie die eingetretene Haftung fortnehmen, dies vermag nur nachfolgende causa. Schon dieser Grund scheint die Verneinung der Frage nahe zu legen. Aber noch andere drängen daraufhin: Ob die Operation „vernünftig" ist, darüber giebt es nur den subjektiven Maßstab des Erfolges, zumal bei einer Operation, deren Erfolg immerhin zweifelhaft ist, wie hier (S. 89). Daher „giebt es keinen Zwang und keine Verpflichtung, sich operiren zu lassen" (S. 96). Würde es sich, was freilich in concreto nicht der Fall war, um ein Delikt des Haftpflichtigen handeln, so wäre der Beschädigte schon a priori zu einem auf Abwendung des Schadens gerichteten positiven Handeln niemals verpflichtet (S. 60).

Während Kap. III „die Bemessung des verursachten Schadens" behandelt, erörtert Kap. IV das Reichs-Versicherungsrecht. Auch für dieses kommt Verfasser zu dem Resultat: „Die Krankenpflicht begründet keine Operationspflicht."

Eine letzte hier zu erwähnende Arbeit verdanken wir E. Adler:[28]) „Realkontrakt und Vorvertrag". Er thut zunächst dar, daß es auch im heutigen Recht noch Realverträge giebt, deren Eigenthümlichkeiten darin bestehen, daß einmal zur Substantiirung der Klage aus ihnen die Behauptung der Leistung gehört, zum andern die Realleistung für die Forderung so wesentlich ist, daß sie durch nichts ersetzt werden kann, was bei anderen Verträgen, z. B. beim Kauf, nicht der Fall ist. Diese Besonderheiten hat die Rechtsordnung zur Vermeidung unpraktischer Konsequenzen auf die Verträge über Rückleistung beschränkt (S. 28). Die Vorverträge, denen der zweite Theil der Schrift gewidmet ist, unterliegen nicht ausnahmslos den formellen Erfordernissen der entsprechenden Hauptverträge; diese sind vielmehr bei ihnen bald strenger, bald milder, bald qualitativ anders, bald endlich gleichartig wie bei letzteren. Es giebt drei Klassen von Vorverträgen: einseitig bindende Vorverträge zu a) Einleistungsverträgen und zu b) Zweileistungsverträgen, sowie c) zweiseitig bindende Vorverträge zu Zweileistungsverträgen. Die Gruppe b enthält stets und nothwendig die Klausel „si volet"; zu ihr gehört u. A. der fälschlich sogenannte „Kauf auf Probe" (S. 64 ff.).

e) Familienrecht.

Dem Familienrecht gehört nur eine, ziemlich umfassende, aber mehr kanonistische als civilistische Arbeit an — Hussarek v. Heinlein, „Die bedingte Eheschließung".[29]) Die beachtenswerthe Erstlingsschrift zeichnet sich weniger durch die Neuheit ihrer — auch ohne sie feststehenden — Resultate, als durch ihren reichen dogmengeschichtlichen Inhalt aus, für den auch viele

[28]) In Jhering's Jahrb. Bd. 31 S. 190—279; auch als Separatabdruck erschienen (Jena, Fischer 1892. III u. 90 S.), nach dem wir citiren.

[29]) Wien, Hölder 1892. XII u. 264 S.

Digitized by Google

noch ungedruckte Materialien sorgsam verwerthet sind. Der Entwickelungsgang der Lehre ist in großen Zügen folgender: Zuerst war die Ansicht vorherrschend, daß eine der Erklärung des Ehewillens beigefügte Bedingung gestrichen wurde — „der bedingte consensus de praesenti hat die nämlichen Wirkungen wie der unbedingte", ist der Grundsatz dieser Lehre, deren Vollendung die Darstellung bei Huguccio bildet (S. 77 ff.). Jedoch waren auch andere Meinungen vertreten (eine Zusammenstellung derselben S. 63), und gemeinhin ward der Satz gelehrt, daß eine dispensatio zwischen Getauften und Ungetauften dann zulässig sei, wenn der ungetaufte Theil verspräche, Christ zu werden. Perplexe Bedingungen ferner nehmen dem Ehewillen nach Huguccio diesen seinen Charakter. Auf sponsalia de futuro wirkt die conditio apposita wie auch jedes andere Rechtsgeschäft.

Ganz anders eine neue, von Tancred ausgebildete (S. 128) und in der Gregorianischen Kompilation zum Siege gelangte (S. 137) Lehre. Der unter einer erlaubten Bedingung abgeschlossene Ehekonsens ist demnach im Zeitpunkt der Erklärung gar kein wahrer Konsens; seine Wirkung ist nur, daß er ein zukünftiges, noch ungewisses Ereigniß mit eheerzeugender, dem Konsens gleichwirkender Kraft ausstattet (S. 191). Unmögliche und unsittliche Bedingungen dagegen werden, wie bei letztwilligen Verfügungen, gestrichen, während die „conditiones contra substantiam matrimonii" das Vorhandensein eines Konsenses ausschließen und damit der Erklärung jede Kraft nehmen (S. 227 ff.). Einen Zwang zum Eheabschluß gewährt die bedingte desponsatio, im Gegensatz zum Verlöbniß, nicht, dagegen wird auch bei ihr das Verhältniß durch den folgenden Beischlaf in Ehe verwandelt (S. 248). Das ist das geltende, vom Verfasser im Einzelnen beachtenswerth erörterte Recht der katholischen Kirche, dessen Entwickelung „neben dem besonderen noch das allgemeine Interesse bietet, daß hier mehr als in irgend einer anderen eherechtlichen Frage das rechtsgeschäftliche Moment im Eheschließungsakte zu Tage tritt und dagegen die sakramentale Bedeutung beinahe völlig verschwindet" (S. 178).

f) Erbrecht.

Auch die Lehre vom Erbrecht ist nur durch ein Schriftchen von Goldfeld vertreten,[30]) das in erster Linie hamburgisches Lokalrecht behandelt. In der ersten Abhandlung — „über den Erwerb der Erbschaft und die Rechtsstellung des Erben, insbesondere nach hamburgischen Recht" — wendet sich Verfasser, mit schwerlich zureichender Begründung, gegen die hergebrachte Annahme, daß der Satz „der Todte erbt den Lebenden" altdeutscher Rechtsanschauung entspreche. In Hamburg sei zunächst (Stadtrecht von 1605) das römische Recht in dieser Lehre rezipirt, später allerdings gewohnheitsrechtlich bezüglich der Intestaterben der ipso iure-Erwerb eingeführt worden. Auf Testamentserben aber wird derselbe Satz von der herrschenden Meinung sehr zu Unrecht ausgedehnt. Noch weniger ist die in der Praxis angenommene Ansicht zu billigen,

[30]) Streitfragen aus dem Erbrecht. Hamburg, O. Meißner 1893. 110 S.

Digitized by Google

wonach selbst eine Ausschlagung von Erbschaften unthunlich ist (S. 46 ff.). Diese Ausführungen scheinen uns, soweit wir die Frage beurtheilen können, gewichtige Gründe für sich zu haben.

Die zweite Arbeit geht auf „die Testamentsvollstrecker nach gemeinem und hamburgischem Recht, sowie nach dem Entwurf des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches" ein. Ihr kommt entschieden das größere allgemeine Interesse zu. Die Testamentsexekutel ist nach Goldfeld kein ganz einheitliches Gebilde; die verschiedenen sich scharf bekämpfenden Ansichten haben jede ein Körnchen von Wahrheit in sich. Der Exekutor ist Vertreter des Erben, aber nicht ex mandato eius, sondern in Folge Auftrags des Erblassers, seine Stellung dem Erben gegenüber daher auch je nach Inhalt des Auftrages eine bisweilen sehr selbstständige.

Die Sätze des „Entwurfes" über das Institut werden gegenüber den vielfachen Anfeindungen und den Beschlüssen des Juristentages mit Takt und Geschick vertheidigt, es werden auch theilweise beachtenswerthe Abänderungsvorschläge gemacht. So soll das Gericht im Bedürfnißfall einen neuen Exekutor bestellen können (S. 107).

IV. Speziell das Konkursrecht.

Die konkursrechtliche Litteratur, noch unlängst recht spärlich, hat in den letzten Jahren eine Reihe bedeutsamer Erscheinungen aufzuweisen. 1889 erschien das umfangreiche Werk von Endemann,[31]) dem 1891 Kohler's bedeutsames und geistvolles Konkursrecht in der Enke'schen Sammlung folgte. Noch umfassender ist das Werk von Oetker[32]) angelegt, dessen erste Abtheilung — „die Gläubiger" — im gleichen Verlage und Jahre erschien. Endlich im letzten Jahre bereicherte Wolff die Litteratur mit einem umfassenden, das Absonderungsrecht mit noch nicht dagewesener Ausführlichkeit behandelnden Werke.[33]) Da das Endemann'sche und Oetker'sche Buch in diesem Archiv noch keine Besprechung gefunden, so mögen ihnen zugleich mit der Wolff'schen Arbeit hier ein paar Worte gewidmet sein. Endemann giebt eine systematische Darstellung des Konkursverfahrens, darin liegt die Eigenart seines Buches. Der in der Einleitung gegebene historische Ueberblick ist nur sehr kurz gerathen, und auch in den einzelnen Abschnitten finden wir nur wenig historisches Material verwerthet. Nicht minder fehlen, im geraden Gegensatz zu Kohler's Werk, die rechtsvergleichenden Ausführungen. Das materielle Konkursrecht ist zwar selbstverständlich in Betracht gezogen, aber mehr nur als Inzidentpunkt an den Stellen, wo die Behandlung des Verfahrens den Verfasser darauf führte; so

[31]) W. Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, systematisch dargestellt. Leipzig, Fues 1889. IX u. 681 S.

[32]) Fr. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. I. Die Gläubiger. Stuttgart, F. Enke 1891. VIII u 588 S.

[33]) Landgerichtsrath Dr. Th. Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse. Berlin, Guttentag 1892. XVI u. 526 S.

Digitized by Google

die Absonderungsrechte erst hinter den Massekosten (S. 369). Dementsprechend gliedert Verfasser seinen Stoff in sieben Abschnitte, in denen — nach der vorgängigen Einleitung — behandelt wird: 1. das Konkursverfahren im Allgemeinen, 2. das Eröffnungsverfahren, 3. die Wirkungen der Konkurseröffnung, 4. Anfechtung früherer Handlungen des Gemeinschuldners, 5. das förmliche Konkursverfahren, 6. die Beendigung des förmlichen Konkursverfahrens, 7. besondere Bestimmungen. Die zum Theil doch sehr interessanten und wichtigen Fragen nach der materiell-rechtlichen Bedeutung (cf. S. 413), der Stellung des Konkursverwalters (S. 423) u. s. w. werden denn auch nur gestreift oder doch recht kurz abgethan. Die selbstständige theoretische Bedeutung des Werkes ist bei diesem seinem Grundcharakter natürlich keine hervorragende, wie denn Verfasser laut Vorwort eine solche auch nicht in Anspruch nimmt. Desto besser empfiehlt es sich als ausführliches Lehrbuch und für die praktische Anwendung, zumal ihm leichte und gefällige Sprache und Darstellung nachzurühmen sind. Die Ziele, die sich der bewährte Verfasser mit seiner Arbeit gesteckt hatte, dürfte er somit zweifellos erreicht haben.

Einen ganz anderen Charakter trägt das Werk Oetker's. In ihm hat der Verfasser eine wissenschaftlich hervorragende Leistung zu Tage gefördert, die ihn mit einem Schlage zu einer unserer ersten Autoritäten auf dem Gebiete des Konkursrechtes gemacht hat. Tief eingreifende, vor keiner Schwierigkeit zurückschreckende Untersuchung der in Frage kommenden juristischen Grundbegriffe in Verbindung mit großem Scharfsinn und umfassender Gelehrsamkeit zeichnen das treffliche Buch in erster Linie aus. Andererseits liegt ein nicht wegzuleugnender Fehler in der Schwere der Darstellung und des Satzbaues, die den Genuß an der Lektüre wesentlich beeinträchtigt und das Verständniß stellenweise einigermaßen erschwert. Dem Werthe des Buches wollen wir damit natürlich nicht im Mindesten zu nahe treten.

Oetker führt sein Werk auf den Wunsch zurück, die Rechtsstellung des Konkursverwalters nach der R.-K.-O. zu bestimmen. Die früheren Versuche in dieser Richtung scheiterten an methodischen Fehlern, vornehmlich an dem verfehlten Deduziren aus allgemeinen Begriffen. Dies wird an Bayer's Beispiel aufgezeigt (S. 3 ff.). Es fehlt noch immer an einem soliden tragfähigen Unterbau für die „Konstruktionen der Konkursverhältnisse" (S. 12). Aus diesem Grunde erscheint es unersprießlich, die beabsichtigte Untersuchung über die Rechtsstellung des Verwalters isolirt zu geben; ihr haben vielmehr zwei vordere koordinirte Abschnitte über die Begriffe „Gläubiger" und „Masse" vorauszugehen. Dem ersten dieser Begriffe ist der vorliegende erste Band gewidmet, dessen eigentlichem Thema eine umfassende „Einleitung", enthaltend „Begriff und Voraussetzungen, Beginn und Ende des Konkurses" (S. 1—118) vorausgeschickt wird.

Aus dem reichen Inhalt des Bandes auch nur das Wesentlichste anzugeben, würde uns hier zu weit führen. Wir heben daher nur hervor, daß das Konkursverfahren nach Oetker keinerlei prozessualischen Charakter trägt (S. 14 ff.). Auch der Versuch Wach's, ihn als „Generalzwangsvollstreckungs-

Digitized by Google

verfahren" zum Prozeß zu ziehen, scheitert schon daran, daß in Wahrheit die Zwangsvollstreckung garnicht Bestandtheil des Prozesses ist — dieser hat Thatbestandsnormirung, jene Thatbestandsveränderung zum Inhalt (S. 15—17). Das Konkursverfahren ist in Wahrheit materiell Verwaltungsverfahren (S. 19), gehört somit zur freiwilligen Gerichtsbarkeit (S. 33).

Charakteristisch für die Grundauffassung des Verfassers ist ferner, daß er — von Bülow's Theorie beeinflußt — in den in Frage kommenden gerichtlichen Urtheilen und Dekreten „Individualnormen" sieht. Die Zulassung der angemeldeten Forderung, der Eintrag, das obsiegliche Urtheil im Liquidationsprozeß, der Nachtrag in der Tabelle sind ihm vier koordinirte leges speciales (S. 310, cf. ferner S. 21). Denselben Charakter einer lex specialis hat der Eröffnungsbeschluß (S. 51) wie der Einstellungsbeschluß (S. 115). So geistvoll alle diese Theorien entwickelt sind, so disputabel bleiben sie unseres Erachtens. Das gilt nicht minder von der Behauptung, eine Mehrheit von Gläubigern, ja auch nur das Vorhandensein eines Gläubigers zur Zeit der Eröffnung sei keine wesentliche Konkursvoraussetzung (S. 56—57).

Das vornehmste Verdienst Oetker's besteht unseres Erachtens in der Aufzeigung des fundamentalen Unterschiedes der zur Theilnahme Berechtigten und der re vera theilnehmenden Gläubiger — der „Konkursgläubiger" und „konkurrirenden Gläubiger", wie er sie nennt (S. 10, 130, 133). Jeder Klasse ist ein Abschnitt gewidmet (S. 134—263 bezw. 264—575).

Besonders beachtenswerth sind ferner die Ausführungen über das Verhältniß der konkursmäßigen Liquidation der Forderungen und ihrer persönlichen Geltendmachung gegen den Gemeinschuldner (S. 209 ff.), die — unseres Erachtens verfehlte — Konstruktion des Zwangsvergleiches (S. 223), die Unterscheidung von titulirter und untitulirter Zulassung und ihrer Wirkungen (S. 293 ff.), den Charakter der Liquidationsklage (S. 321). Wie man auch über die Richtigkeit mancher der Konstruktionen des Verfassers denken mag, zweifellos ist durch sein Werk die Doktrin des Konkursrechtes bedeutsam gefördert. Man darf den folgenden Bänden mit Spannung entgegensehen.

Auch Wolff's[34]) Buch ist eine tüchtige Leistung, die in dankenswerther Weise praktisch wichtige und theoretisch interessante Materien gründlich, ausführlich und mit großer Kenntniß wenigstens der preußisch- und reichs-rechtlichen Litteratur behandelt, während die Benutzung der gemeinrechtlichen Arbeiten manche Lücke aufweist. Wie man es von einem Praktiker zu ewarten hatte, sind die theoretischen Grundlagen des Anfechtungsrechtes nur verhältnißmäßig kurz behandelt (unseres Erachtens übrigens nicht immer glücklich und richtig, so zu Eingang des §. 7), vielmehr ist auf die praktischen Fragen das Schwergewicht gelegt. Insoweit sind die Ausführungen des Verfassers fast durchweg erschöpfend, und zwar bis auf die minutiösesten Detailpunkte, meist überzeugend und stets beachtenswerth. Das Buch umfaßt außer der Einleitung (S. 2—21)

---

[34]) cf. die beachtenswerthe Anzeige von Oetker im Jur. Litt.-Bl. Bd. V S. 116.

Digitized by Google

zwei Theile, der erste der allgemeinen Betrachtung (S. 22—304), der zweite den einzelnen Absonderungsrechten (S. 305—519) gewidmet.

Verfasser unterscheidet zwei Klassen von Absonderungsrechten, spezielle (z. B. der Pfandgläubiger) und allgemeine (z. B. der Erbschaftsgläubiger); ferner einfache und qualifizirte, je nachdem sie mit einem persönlichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner verbunden sind oder nicht (S. 35). Auf Einzelheiten kann wieder nicht eingegangen werden, doch sei auf die verdienstliche Erörterung über das Hinterlegungspfandrecht (S. 50 ff., 59) besonders hingewiesen. Bedenklich sind andererseits die Behandlung des suspensiv bedingten und betagten Pfandrechts (S. 96, 106), die Ausführungen über die Bedeutung der grundbuchmäßigen Eintragung der Hypothek für den Erwerb des Absonderungsrechtes (S. 131), über die Natur der Anfechtungsklage als condictio sine causa (S. 263), die Bezeichnung des Superfiziarrechtes als einer „beweglichen Sache" (S. 333). Ganz abwegig sind die Bemerkungen S. 379 über pfandweise Bestellung einer Servitut.

Allerneuestens hat Kohler seinem Lehrbuch des Konkursrechtes einen Leitfaden[34a]) folgen lassen. Diese neueste Arbeit ist im Großen und Ganzen ein Auszug aus dem größeren Werke, auf dessen Paragraphen daher auch ständig Bezug genommen wird. Jedoch ist die inzwischen erschienene Litteratur, namentlich auch Wolff's Werk, benutzt, und auch sonst hat der rastlose Verfasser seine Ansichten hier und da fortgebildet und geändert. Das Buch stellt sich die Einführung des Studirenden in die wichtige und schwierige Materie als Aufgabe; es vermeidet dementsprechend längere Anmerkungen und Häufung von Citaten; auch in den rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Ausführungen hat sich K. diesmal äußerst beschränkt — dem Zweck eines Leitfadens gemäß gewiß mit Recht. Daß die Darstellung stets geistvoll, anregend und klar ist, braucht bei einem Kohler'schen Werke nicht besonders hervorgehoben zu werden, auch diejenigen müssen das zugeben, die mit dem Verfasser nicht in allen Punkten einverstanden sind. Eine so glückliche Vereinigung von wissenschaftlicher Tiefe und Eleganz der Darstellung bürgt dafür, daß das Buch seinen Zweck auf das Beste erfüllen wird.

Außer der Einleitung (S. 1—8) enthält das Werk drei Abtheilungen:

a) materielles Konkursrecht in neun Büchern (S. 9—143: Entstehung des Konkursverhältnisses; Beschlagsrecht; Rechte Dritter; Anfechtungsrecht im Konkurs; Ausübung des Beschlagsrechtes; der Gantschuldner und seine Stellung; die Gläubiger und ihre exekutiven Rechte; Gläubigergemeinschaft; Erlöschen des Beschlagsrechtes);

b) formelles Konkursrecht in vier Büchern (S. 144—189; Allgemeiner Theil; Eröffnungsverfahren und Konkursverwaltung; Anmeldungs- und Prüfungsverfahren; Lösungsverfahren).

[34a]) J. Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes für Studirende. Stuttgart, F. Enke. 1893. VIII u. 220 S.

Digitized by Google

Dazu treten zwei Beigaben:

1. über den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft;
2. die Beschwerde im Konkurs (S. 190—211).

V. Litteratur des Entwurfes.

Die durch den ersten Entwurf verursachte litterarische Bewegung ist jetzt fast völlig verhallt, das Interesse wendet sich dafür der zweiten Berathung zu, deren Beschlüsse in dankenswerther Weise periodisch dem Publikum zugänglich gemacht werden. Auf den ersten Entwurf beziehen sich noch zwei Aufsätze Strohal's.[35]) Der eine geht auf die Regelung des Besitzrechtes ein; aus seinem reichhaltigen Inhalt verdient die gehaltvolle, wenn auch unseres Erachtens nicht überzeugende Polemik gegen Kuntze und diejenige gegen Bekker (S. 66) Beachtung. Treffend ist die Kritik des nicht mit Unrecht viel angefochtenen §. 804. Der zweite Aufsatz betrifft die Eigenthümerhypothek, Hypothekenerneuerung und die Rangordnungsgeschäfte. Indem Verfasser die Beschränkungen des §. 1094 verwirft und ihre Verwerflichkeit an Beispielen schlagend darthut, stellt er das Prinzip auf: „jede Hypothek, bezüglich welcher das Recht des bisherigen Hypothekars in anderer Weise erlischt, als durch Befriedigung im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, wird, insoweit sie nicht etwa Kraft Gesetzes auf einen Anderen als den Eigenthümer übergeht, zur Eigenthümerhypothek" (S. 295).

Ueber die Litteratur der zweiten Lesung hat sich Referent bereits an anderer Stelle[36]) ausführlich verbreitet. Die damaligen Publikationen sind inzwischen rüstig weitergeschritten. Die Arbeit von Reatz,[37]) welche in dankenswerther Weise die respektiven Bestimmungen alter und neuer Fassung gegenüberstellt und mit werthvollen Anmerkungen begleitet, ist nunmehr bis zum dritten Hefte (Schuldverhältnisse einschließlich) gelangt. Das neueste Beilageheft[38]) von Rassow-Küntzel's „Beiträgen" giebt den Text des zweiten Entwurfes bis zu §. 374. Mandry hat durch zwei weitere Einsendungen im Archiv[39]) das Recht der Schuldverhältnisse (§§. 205—776), mit kurzen Anmerkungen versehen, erledigt. Auch einige kritische Arbeiten weist die Berichtsperiode bereits auf. Hölder[40]) unterzieht die Beschlüsse der Revisionskommission bez. des allgemeinen Theils einer vielfach zustimmenden, bisweilen aber auch entschieden widersprechenden Kritik. So tritt er mit guten Gründen für die konstitutive Bedeutung der Todeserklärung ein (S. 8 ff.), so macht er S. 26 ff. hinsichtlich der Regelung der Entmündigung des Geisteskranken weit-

[35]) Jahrb. Bd. 31 S. 1—78 und S. 280—329.

[36]) Jurist. Litt.-Bl. Bd. 4 S. 165.

[37]) Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfes ꝛc. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Heft I 1892, S. 1—102 (§§. 1—204); Heft II 1893, S. 103—198 (§§. 205—374); Heft III 1893, S. 199—398 (§§. 375—776).

[38]) Berlin, Fr. Vahlen 1893, S. 59—98. Auch separat zu haben.

[39]) Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 79 S. 456—500; Bd. 80 S. 428—546.

[40]) Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 80 S. 1—63.

Digitized by Google

gehende Abänderungsvorschläge. Die ganze Taktik der Kommission, ihren Arbeiten den ersten Entwurf zu Grunde zu legen und ihn nur von Paragraph zu Paragraph zu revidiren, wird von Hölder gebilligt (S. 54 ff.). — Henrici[41]) nimmt speziell den §. 267 aufs Korn, worin dem zahlenden, mehrfach verpflichteten Schuldner ein „Bestimmungsrecht" der durch die Zahlung zu tilgenden Schuld gewährt ist. Im Gegensatz dazu soll nach Henrici in erster Linie eine Willenseinigung beider Theile maßgebend sein und in deren Ermangelung die gesetzliche Regel des zweiten Absatzes des §. 267 Platz greifen. — Im Gegensatz zu §. 574, der in erster Lesung das Pfandrecht wegen versio in rem auf bewegliche Sachen beschränkte und in zweiter Lesung dem Bauunternehmer einen Pfandrechtstitel gewährte, hat Referent vorgeschlagen,[42]) den Bauhandwerkern statt des nutzlosen, weil zu spät kommenden, Titels eine eigentliche gesetzliche Hypothek zu gewähren.

Endlich ist hier noch eine kurze, ursprünglich in den „Grenzboten" erschienene Abhandlung Gensel's[43]) über die Sprache des Entwurfs erschienen. Sie beginnt mit einem Vorwort (S. 1—15), das einen gehaltvollen, zum Theil gewiß nicht unbegründeten, aber unseres Erachtens karrikirend übertriebenen Protest gegen die Sprache der heutigen Juristen enthält. Die Sprache des Entwurfs wird im Ganzen gegen die vielfach gegen sie erhobenen Vorwürfe in Schutz genommen (cf. die beachtenswerthen Bemerkungen S. 23 über Volksthümlichkeit der Gesetze) und ihr eine Anzahl besonderer Vorzüge nachgerühmt (S. 25 ff.). Eingehender behandelt Verfasser die Mängel (S. 28 ff.), deren er viererlei aufzählt: 1. schiefe Ausdrucksweise, 2. Verstöße gegen die Sprachlehre, 3. Verstöße gegen den Sprachgebrauch, 4. Sprachunschönheiten. Aus dem aufgestellten „Sündenregister" wird man manchen Tadel als berechtigt anerkennen müssen; manches aber erscheint darin kleinlich, so insbesondere die wahre Wuth, mit der Verfasser als ausgesprochener „Purist" gegen die harmlosesten Fremdwörter zu Felde zieht (S. 70 ff.).

VI. Partikularrecht.

Aus dem preußischen Recht liegen verschiedene Arbeiten vor. Während die neue, sechste Auflage des Werkes von Förster-Eccius — oder, wie es nunmehr heißt, von Eccius fertig vorliegt, beginnt von Dernburg's[44]) ausgezeichnetem Lehrbuch eine neue Auflage zu erscheinen. Die bisher erschienene Abtheilung I des ersten Bandes (Aufl. 5) umfaßt auf 496 Seiten die §§. 1—213, während dieselben Materien früher bei gleicher Paragraphenzahl 526 Seiten füllten. Größere Oekonomie in der Darstellung

[41]) Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 32 S. 99—123.

[42]) Conrad's Jahrb. Bd. 60 S. 87—108, 266—283, 387—398.

[43]) Landesgerichtsdirektor W. Gensel, Die Sprache des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig, Grunow 1893. 78 S.

[44]) H. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. 1 (Allgemeiner Theil, Sachenrecht) Th. I. Halle, Buchh. des Waisenhauses 1893.

Digitized by Google

hat diese Verkürzung ermöglicht. Die Auflage bezeichnet sich als „neu bearbeitet". Die wesentlichste Aenderung gegen ihre Vorgängerinnen besteht darin, daß die gemeinrechtlichen Litteraturangaben wesentlich verkürzt sind; bezüglich ihrer wird gemeinhin auf das inzwischen erschienene Pandektenlehrbuch des Verfassers verwiesen. Die neuere Litteratur ist nachgetragen, einzelne Paragraphen — so §. 1 im Anschluß an Stölzel's Werk — haben formelle und materielle Umgestaltungen erfahren. Wir werden nach Fertigstellung des ersten Bandes, die noch für das laufende Jahr angekündigt ist, auf das berühmte Werk zurückkommen.

Ueber die Form der Rechtsgeschäfte in Preußen verbreitet sich ein westfälischer Praktiker, Cassell.[45]) Sein Schriftchen verfolgt laut Vorrede den Zweck, in dem Wirrwarr der Formvorschriften des geltenden Rechts dem Juristen als Leitfaden zu dienen, dem Laien ein handliches Hülfsmittel zu bieten. Demgemäß giebt die Arbeit wenig oder keine für den Juristen neuen Gesichtspunkte, ist vielmehr in Form und Inhalt wesentlich populär gehalten — unter Vermeidung der technischen Fremdwörter, so daß sie ihren Zweck, trotz vereinzelter kleiner Ungenauigkeiten, im Ganzen recht gut erfüllt. Kap. I behandelt die Bedeutung der Form und die Folgen ihrer Verletzung im Allgemeinen, Kap. II die einzelnen Formen, Kap. III endlich giebt eine Uebersicht der wichtigeren Rechtsgeschäfte und der dabei anzuwendenden Formen.

Auch Schwarze's Arbeit[46]) über das Wildschadengesetz — enthaltend den Gesetzestext, einen Kommentar nebst geschichtlichen Bemerkungen, Kritik, sowie eine Anzahl von Formularen zur Anwendung des Gesetzes — verfolgt wesentlich praktische Ziele. Sie ist daher für Laien verständlich geschrieben, bietet aber auch dem Juristen wie nicht minder dem Politiker (ist doch die Frage des Wildschadenersatzes einigermaßen zur Parteifrage geworden) mancherlei Bemerkenswerthes. Den Zwecken, die sich Verfasser in dem Vorwort steckt, wird sein Schriftchen vollauf gerecht. Der Kommentar ist besonnen geschrieben, erschöpfend und enthält beachtenswerthe rechtliche Ausführungen. Mindestens ebenso bedeutsam ist unseres Erachtens die Kritik des Gesetzes (S. 48 ff.), die im Wesentlichen absprechend ausfällt. Zwar bietet das Gesetz manche Vorzüge — so die Statuirung der Ersatzpflicht und gewisse Bestimmungen präventiven Charakters (S. 56 ff.) —, aber ihnen stehen bedeutsamere Mängel gegenüber (S. 57 ff.). Das Prinzip der Ersatzpflicht des Gesetzes ist unrichtig, der Ausschluß einer ganzen Reihe von Grundbesitzern (S. 58) verfehlt. Prinzipwidrig und ungenügend motivirt erscheint die Ausschließung der ordentlichen Gerichte von der Entscheidung der in Frage kommenden Streitfälle

---

[45]) Rechtsanwalt Dr. Leo Cassell, Die Form der Rechtsgeschäfte im Gebiete des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Paderborn, Schöningh 1893. VI u. 76 S.

[46]) W. Schwarze, Amtsgerichtsrath, Das Wildschadengesetz vom 11. Juli 1891, praktisch kommentirt und kritisch erläutert. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht 1893. V u. 71 S.

Digitized by Google

(S. 59). Nicht minder ist die Stellung des Jagdpächters nach dem Gesetze eine ungerecht überschwerte und dazu ganz unklare (S. 60). Richtiger wäre es, meint Verfasser, den Ersatz dem wirklichen Urheber des Schadens, dem Heger des Wildes, aufzubürden. Dem jetzigen Gesetze prophezeit er keine Zukunft.

Aeußerst eigenthümliche, unseres Erachtens verfehlte Theorien über das Wesen der Hypothek und Grundschuld trägt Stelling[47]) in einer kleinen Schrift vor. Eigenthümerhypothek und -grundschuld sind ihm „durch Post eingetragenes Eigenthum des eingetragenen Eigenthümers", das Eigenthum hat sich dabei gewissermaßen in zwei Theile gespalten, das gewöhnliche und das, vorzugsweise die Veräußerungsbefugniß enthaltende Posteigenthum (S. 5, 59, 34). Beide Rechte sind in allen wesentlichen Punkten gleich. Anders wird es erst mit der Uebertragung der Post — durch sie entsteht „ein fremdes Recht namens Hypothek oder Grundschuld". Nur über einen Theil des Inhalts seines eingetragenen Veräußerungsrechtes verfügt der Eigenthümer bei dieser Uebertragung, und dieses bleibt mit dem „rechtlichen Inhalt" bei ihm bestehen (S. 29, cf. ferner S. 30, 43). Wir müssen bekennen, daß uns gerade dieser Theil der Ausführungen des Verfassers nicht ganz klar geworden ist.

So ist in Wahrheit nicht sowohl die Eigenthümer-, als vielmehr eher die Gläubigerpost unkonstruirbar (S. 55). Jene scheint dem Verfasser die Regel, diese die Ausnahme zu bilden, was der historischen Entwickelung und dem geltenden Recht doch schnurstracks entgegen ist. Auch wird durch den Bestand einer Hypothek das Veräußerungsrecht des dominus nicht beseitigt, dem Eigenthum geht wenigstens potentiell nichts verloren. Nach dem Verfasser aber wäre das Eigenthum wie ein Kuchen, der durch die Hypothekenbestellung in zwei Hälften zerlegt wird! Freilich bezeichnet Verfasser auch ohne alle Skrupel die Gerechtsame des Wechsel- und Checkgläubigers als Eigenthum!

Den Schluß bilden einige praktische Vorschläge zum Entwurf. Der Unterschied von Hypothek und Grundschuld soll fallen, die Urkunde darüber Inhaberpapier mit dem Namen „Handfeste" werden.

Aus dem Oesterreichischen Recht liegt das monumentale Unger'sche Werk seit 1892 in fünfter Auflage vor, und zwar unverändert, so daß wir uns hier mit diesem Hinweis begnügen. Von Hasenöhrl's Oesterreichischem Obligationenrecht hat der erste Band die zweite Auflage erlebt. Darüber im nächsten Bericht mehr.

Endlich liegt ein weiteres werthvolles partikularrechtliches, aber auch zugleich gemeinrechtlich in Betracht kommendes Werk in zweiter Auflage vor — Lang's Württembergisches Sachenrecht.[*]) Für die praktische Brauchbarkeit des

[47]) Amtsgerichtsrath Stelling, Die preußische Post. Leipzig, Duncker & Humblot 1893. V u. 94 S.

[*]) Dr. H. v. Lang, Landgerichtspräsident in Rottweil: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. Tübingen, Laupp, 1893. Theil I, 574 S.; Theil II mit Register 560 S.

Digitized by Google

Buches ist das gewiß ein recht ehrenvolles Zeichen. Und in der That verdient es den Erfolg — denn es ist flüssig geschrieben, übersichtlich und erschöpfend; man merkt stets, daß man es mit der Arbeit eines im praktischen Rechtsleben an hervorragender Stelle thätigen Mannes zu thun hat. Aber auch wissenschaftlich verdient das Werk, wie wir im Gegensatz zu der unseres Erachtens nicht ganz gerechten Kritik eines anderen Referenten betonen möchten, allseitige Beachtung, auch über die Grenzen des Württembergischen Rechts — das ja vom Gemeinen nicht erheblich abweicht — hinaus. Freilich ist der wissenschaftliche Standpunkt des Verfassers ein wesentlich konservativer; namentlich in der Besitzlehre sind die zahlreichen, grundlegenden neueren Anschauungen recht stiefmütterlich weggekommen — Verfasser hält noch an dem animus domini fest — und auch sonst zeigt die Benutzung der neueren gemeinrechtlichen Literatur manche Lücke. Indeß soll damit dem Werthe des Buches nichts genommen werden — auch wir erachten es bei systematischen und der Praxis dienenden Arbeiten für rathsam, gegenüber unausgetragenen Streitfragen und erst um die Anerkennung ringenden neuen Ideen eine etwas reservirte Haltung zu bewahren. Im Uebrigen sind die wissenschaftlichen Ausführungen des Verfassers stets wohlerwogen und heischen auch da Beachtung, wo sich der Leser — wie das bei so umfassenden Werken stets hie und da der Fall ist — ihnen nicht anzuschließen vermag. So stimmt, um Einzelnes herauszugreifen, Referent nicht überein mit der auch sonst noch oft gehörten Behauptung S. 20, daß der Besitz an eingebauten Materialien verloren gehe; ebensowenig mit der Bestreitung eines Privateigenthums an den öffentlichen Sachen S. 98; mit der Leugnung des Erfordernisses der bona fides beim Eigenthumserwerb des Spezifikanten S. 203; endlich mit der Ansicht, daß der Begriff der Korporation mit Sonderrechten der Mitglieder unvereinbar sei und es daher, wo solche vorlägen, eines besonderen Begriffes der „Genossenschaft" bedürfe (II, S. 49). Bei den meisten dieser und anderer, wie wir zugeben, disputabler Punkte hätte ein noch eingehenderes Studium der neueren gemeinrechtlichen Arbeiten den Verfasser vielleicht zu einer anderen Ansicht gebracht. Auch die Theorie des Eigenthums (I, S. 89 ff.) muthet uns im Ganzen etwas veraltet an — wir sind heute an eine stärkere Betonung des sozialen Momentes gewöhnt. Nicht empfehlenswerth ist endlich für ein selbstständiges, systematisches Werk, wenn Verfasser in den ersten Paragraphen ständig und auch später bisweilen (§. 163) auf Wächter verweist und zu dessen Ausführungen nur einige Ergänzungen giebt.

Der Stoff wird eingetheilt in zwei Theile: „Allgemeine Grundsätze" — 1. Sachenrecht überhaupt, 2. der Besitz (§§. 1—14) — und „Die einzelnen dinglichen Rechte" (§§. 15—208). Hier sondert Verfasser reine und gemischte dingliche Rechte; zu ersteren gehören: Eigenthum (§§. 15—69), Servituten (§§. 70—100) und Nutzungseigenthum (§§. 101a—101c); zu letzteren das Bergwerkseigenthum (§§. 102—115), mit dem der erste Band schließt; ferner die Rechte an öffentlichen Gewässern (§§. 116—123), die Realgemeinderechte (§§. 124—131), die Reallasten (§§. 132—150), das Rechtsverhältniß der Familienfideikommisse (§§. 151 bis 162); endlich das Pfandrecht (§§. 163—208). Ob und inwieweit diese von

Digitized by Google

der gebräuchlichen abweichende Eintheilung vor jener den Vorzug verdient, kann hier nicht ausführlich erörtert werden; jedenfalls ist die Unterscheidung von reinen und gemischten dinglichen Rechten nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

VII. Oeffentliches Recht.

Eine Auswahl öffentlich-rechtlicher, aber auch civilistisch interessanter Schriften mag hier wenigstens kurz berührt werden. Mit dem strafrechtlichen Schutz des Pfandrechts befaßt sich Ad. Lenz[48]) in einer gediegenen, aus einer Wiener Preisarbeit hervorgegangenen Schrift. Sie zerfällt in drei Theile:

1. geschichtlicher Theil — die historische Entwickelung des römischen furtum possessionis und der deutschen Pfandkehrung (S. 7—92).
2. dogmatischer Theil — Darstellung der in Frage kommenden Delikte nach deutschem und österreichischem Recht (S. 93—228).
3. rechtsvergleichender Theil (S. 229—266).

In Theil II unterscheidet Verfasser folgende Delikte:

a) die Pfandkehrung, Entziehung einer verpfändeten oder retinirten Sache aus dem Machtbereich des Gläubigers (S. 96).
b) Befriedigungsvereitelung (S. 123).
c) Vollstreckungsvereitelung (S. 143).

Der prinzielle Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß bei der letzteren der Schuldner geradezu die Erreichung des Zweckes der Forderung verhindern will, bei der ersteren nur ein Mittel zu jenem Zwecke vereitelt.

Dazu kommt noch d) das Formaldelikt des Arrestbruches, bei dem der wirthschaftliche Charakter ganz in den Hintergrund tritt; endlich e) die Siegelabnahme.

Die kleine Schrift von Lammasch[49]) enthält rechtsvergleichende und kriminalpolitische Studien mit besonderer Rücksicht auf den österreichischen Strafgesetzentwurf. An dessen Bestimmungen tadelt Verfasser 1. in Ansehung des Diebstahls, daß das Erforderniß der Aneignung zu vermögensrechtlichem Interesse fallen gelassen ist (entsprechend dem R.-Str.-G.), 2. hinsichtlich der Beleidigung, daß hier der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen sein solle, wenn die Behauptung nicht einem rechtlich begründeten Privatinteresse oder der Förderung des öffentlichen Wohls gedient hat (S. 45). Die Ausführungen des Verfassers haben auch für deutsche Juristen bedeutenden Werth und Interesse.

Eine Schrift von Horn[50]) bringt Vorschläge zur Reform des deutschen

---

[48]) Ad. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Schuldrechts. Stuttgart, F. Enke 1893. VIII u. 271 S.

[49]) H. Lammasch, Diebstahl und Beleidigung. Wien, Manz 1893. IV u. 80 S.

[50]) Rechtsanwalt Dr. iur. A. Horn. Zur Reform des deutschen Civilprozesses. Eine kritisch-historische Studie mit Reformvorschlägen. Leipzig, Duncker & Humblot 1893. 128 S.

Digitized by Google

Civilprozesses. Das Grundübel des geltenden Rechts ist eine einseitige Auffassung vom Wesen und Begriff des Civilprozesses (S. 3). Während die Römer wie die Germanen im Prozesse ursprünglich Selbstaustragung des Rechtshandels durch die Parteien sahen, hat die spätere historische Entwickelung dahin geführt, darin einen vom Richter zu entscheidenden Streit zu sehen (S. 5, 16 ff.). Dies versucht Verfasser durch einen historischen Ueberblick klarzustellen (S. 10—67). Um der durch das Resultat dieser Entwickelung hervorgerufenen Einseitigkeit abzuhelfen, schlägt er vor:

a) eine erweiterte Befugniß der Parteien zur Selbstaustragung ihrer Prozesse, im landgerichtlichen Prozeß vor einem Gerichtsdeputirten;
b) die Instruktion und Vorbereitung des landgerichtlichen Prozesses vor einem Gerichtsdeputirten.

Vor ihm soll festgestellt werden u. A. die etwaige Kontumaz des Beklagten (S. 74) und sonst etwa das, was zu Rom in iure zu geschehen hatte. Zur Entlastung des Gerichts empfiehlt sich auch zum mindesten die Betheiligung des Deputirten beim Beweisverfahren (S. 123). Wünschenswerth ist nicht minder eine zweckentsprechendere Ausgestaltung des Sühneverfahrens, das dem Gerichte gegenüber in eine ähnliche Beziehung gesetzt werden müßte, wie sie das Verfahren in iudicio zum Verfahren in iure hatte (S. 78). Wir stehen nicht an, von diesen und anderen Vorschlägen des Verfassers Vieles für beachtenswerth zu erklären — andererseits aber läßt sein Buch die Durchführung einer scharfen und klar durchdachten Abgrenzung dessen, was in seinem Instruktionsverfahren vorgenommen werden soll, vermissen, so daß die Stellung seines „Gerichtsdeputirten" doch einigermaßen nebelhaft bleibt.

Prozessuale Fragen behandelt auch die nicht untüchtige, wenngleich recht weitschweifige und nicht stets klar geschriebene Schrift von Trutter.[51]) Verfasser versucht den Nachweis, daß der gesammte Civilprozeß unter Herrschaft der bona fides stehe. Auch sei eine ganze Anzahl positivrechtlicher Prozeßnormen darauf und nur darauf abgestellt, die Herrschaft der bona fides im Prozesse möglichst zu sichern (S. 4, 11). Auch im Prozesse, das ist ein grundlegender Rechtssatz, darf man nicht lügen. Insoweit aber dieser Satz zwar nicht als solcher in gewissen Anwendungen zur gesetzlichen Anforderung geworden ist, sind die Postulate der bona fides bald nur solche der Redlichkeit, bald gesetzliche Pflichten (S. 114).

Im Einzelnen giebt Verfasser im ersten Theil: „bona fides im Prozeß" zunächst einen Ueberblick über den Germanischen, Römischen und Kanonischen Prozeß, sowie deren Rezeption; hier findet sich eine sehr beachtenswerthe, gelungene historisch-kritische Untersuchung über den Kalumnieneid (S. 52 ff.). Alsdann folgen Betrachtungen über die einzelnen Anforderungen der bona fides in Bezug auf den Inhalt, die Form, die Zeit der Erklärungen, bona fides als

---

[51]) Dr. Jos. Trutter, Bona fides im Civilprozesse. München, Oldenbourg 1892. V u. 297 S.

Digitized by Google

Voraussetzung gewisser Prozeßhandlungen, Glaubhaftmachung. Die Resultate werden S. 115 ff. übersichtlich zusammengestellt. Theil II befaßt sich mit den Prozeßhandlungen, durch welche die Herstellung der Urtheilsgrundlage erfolgt (S. 123—291). Aus dem Inhalt sei hervorgehoben: Thatsachenbehauptung, Beweisen, Widerrufen, Feststellen durch gerichtliches Geständniß und durch Eidesgeschäfte.

VIII. Varia.

Am Schluß unserer Rundschau sei zunächst noch auf eine werthvolle und warm geschriebene Arbeit eines jungen Oesterreichers, Caro,[52]) aufmerksam gemacht, die das sehr zeitgemäße Thema des „Wuchers" behandelt. Verfasser giebt zunächst eine Uebersicht über die einschlägige Litteratur seit A. Smith und die modernen Gesetze, die er mit Recht in zwei Klassen — Zinstaxen und eigentliche Wuchergesetze — sondert (eine beachtenswerthe Kritik S. 65). In Kap. III geht Verfasser sodann auf den Wucherbegriff in der Wissenschaft über und geht in Kap. IV auf Wesen und Begriff des Wuchers ein. Die Definition des Wuchers (S. 146), ist freilich anfechtbar und auf alle Fälle formell zu komplizirt. Die praktischen Vorschläge des Verfassers gehen darauf, alle festen Zinstaxen zu beseitigen, dafür auf die Verwendung des Gegebenen seitens des Schuldners das entscheidende Gewicht zu legen. Wenn dieser keine produktive Verwendung für das Empfangene findet, soll — nach Analogie der remissio mercedis — eine Herabsetzung bezw. Beseitigung des Zinsanspruches eintreten (S. 123). Unseres Erachtens ist dies Mittel unanwendbar — wenn von der zukünftigen, für ihn unkontrolirbaren Verwendungsmöglichkeit des Schuldners der Anspruch des Gläubigers abhängig gemacht werden soll, so werden dessen berechtigte Interessen verletzt und alle Sicherheit und Unbefangenheit des Verkehrs beseitigt. Die Berufung auf die remissio mercedis schlägt nicht durch — hier ist es das objektive Ereigniß des Mißwachses, das nicht sowohl den Pächter als den Ertrag des Pachtgrundstückes trifft, wodurch der Erlaßanspruch seine Rechtfertigung findet —, dagegen das Gelingen oder Nichtgelingen produktiver Verwendung ist rein subjektiv, ein Internum des Schuldners. Ebensowenig dürfte unseres Erachtens für den umgekehrten Fall eine Erhöhung des vereinbarten Zinssatzes eintreten, wie S. 129 vorgeschlagen wird.

Endlich sei hier eines kurzen Aufsatzes von v. Bar[53]) gedacht, der in gedrängter, klarer und gemeinverständlicher Auffassung die gegenwärtige Gestaltung des Fremdenrechts mit historischen Gesichtspunkten und Bemerkungen de lege ferenda erörtert. Verfasser fordert eine erhöhte Sicherung der Ausländer gegen Ausweisungen.

---

[52]) L. Caro, Der Wucher. Eine sozialpolitische Studie. Leipzig, Duncker & Humblot 1893. XV u. 311 S.

[53]) Das Fremdenrecht und seine volkswirthschaftliche Bedeutung. Berlin, Simion 1893. 30 S. (aus den volkswirthschaftlichen Zeitfragen).

Digitized by Google

8.

Die Börsen-Enquete.

Eine Besprechung.

Von **V. Ring.**

Der Zusammenbruch deutscher Banken und Bankiers im Herbst 1891 hatte die öffentliche Meinung in hohem Maß erregt. Von Neuem wurde in grellem Licht erkennbar, wie sich die Neigung gewisser Börsenleute zu Betrug und Untreue mit der Spielsucht weiter Kreise begegneten. Unter dem Drucke der Ereignisse forderten Mitglieder verschiedener Parteien des Reichstags im November 1891 gesetzliche Maßnahmen gegen das Börsenspiel und eine wirksame Staatsaufsicht über die Börsen. (Anl. z. d. St.B. des Reichstags I. Sess. 1890/92 Bd. 4 S. 2860, 2866). Auch der Kaiser und König gab dem preußischen Staatsministerium auf, eine Untersuchung der zu Tage getretenen Mißstände zu erwägen. Der Minister von Boetticher verkündete als die Auffassung des Staatsministeriums, es habe, selbst wenn die Mißstände nicht oder nur in geringerem Grade vorhanden sein sollten, als allgemein angenommen werde, doch die Beunruhigung der Bevölkerung als eine so hochgradige betrachtet werden müssen, daß es wünschenswerth erschienen sei, sachkundige Männer über alle in Frage kommenden Punkte zu hören. In Folge dessen wurde eine „Börsen-Enquete-Kommission" nach Berlin berufen, welche vom 6. April 1892 bis zum 11. November 1893 tagte. Der zum Vorsitzenden der Kommission berufene Präsident des Reichsbankdirektoriums Dr. Koch äußerte sich in der Eröffnungssitzung mit einer gewissen Skepsis. Er betonte, daß die mit der unentbehrlichen Einrichtung der Börse verknüpften Uebel meist nicht

Digitized by Google

neu und nicht dem Deutschen Reich eigenthümlich seien; er bezeichnete als Zweck und Ziel der Kommission, zu untersuchen, wo die Schäden und Mängel ihren eigentlichen Sitz hätten, und, wenn möglich, Heilmittel zu nennen. Bei Arbeit mit Lust und Liebe zur Sache erschien ihm „die Hoffnung auf positive Erfolge durchaus nicht von vornherein ausgeschlossen".

Eine Börsen-Enquete-Kommission ist nicht ohne Beispiel. Vor nahezu zwei Jahrzehnten ist England nach dieser Richtung vorgegangen. Vom 4. März bis zum 29. Juli 1875 suchte eine Parlaments-Kommission (Loan to Foreign States Committee) „die näheren Umstände zu erfassen, welche bei der Kontrahirung gewisser ausländischer Anleihen obgewaltet haben, und ferner die Ursachen, denen die Nichtbezahlung von Kapital und Zinsen dieser Anleihen zuzuschreiben ist". Die Kommission bekannte sich zu den Grundsätzen wirthschaftlicher Individualfreiheit und erachtete deshalb die Aufklärung des Publikums für die beste Schutzwehr gegen eine Wiederholung schwindelhafter Emissionen exotischer Werthe. Eine fernere Königliche Kommission (London Stock Exchange Commission) tagte vom 9. Juni 1877 bis zum 3. April 1878 zur Untersuchung „über den Ursprung, den Zweck, die gegenwärtige Einrichtung, die Gewohnheiten und Usancen der londoner Fondsbörse, sowie darüber, ob diese Gewohnheiten 2c. im Einklange sind mit den Prinzipien, welche im Interesse des Gemeinwohls maßgebend sein sollten, und wenn dies nicht der Fall, inwiefern jene Gewohnheiten 2c. am zweckmäßigsten geändert werden könnten, und inwieweit die Gesetzgebung hierbei zur Mitwirkung herangezogen werden müsse". Das Ergebniß war eine Anzahl von Reformvorschlägen, welche auf eine Einschränkung der Börsenfreiheit, namentlich auch in Bezug auf die Personen der Börsenbesucher gingen (vgl. das Einzelne bei R. Ehrenberg, die Fondsspekulation S. 172 ff.).

An die Ziele der zweiten englischen Kommission knüpfen sich diejenigen der deutschen. Sie selbst bezeichnet es als ihre Aufgabe: „zunächst die Einrichtungen und die thatsächlichen Verhältnisse der deutschen Börsen, sowie des Verkehrs an denselben im Vergleich mit denen der bedeutendsten Börsen des Auslandes, sodann die dabei hervorgetretenen Mißstände zu ermitteln und zu prüfen, hieraus aber schließlich ein Urtheil über die Mittel zu gewinnen, wodurch jenen Mißständen dauernd zu begegnen sein möchte".

Digitized by Google

Selbstverständlich mußte die Wirksamkeit der Kommission wesentlich durch die Wahl ihrer Mitglieder bestimmt sein. Dieselbe bestand aus 28 Personen. Den Vorsitz führte, wie bemerkt, der Präsident Dr. Koch. Stellvertretender Vorsitzender war der vortragende Rath im preußischen Handelsministerium Gamp. Im Laufe der Verhandlungen starb ein Mitglied und wurden drei durch andere ersetzt. Von den 28 Mitgliedern können 7 als Beamte, einschließlich der Vertreter der Reichsbank und der preußischen Seehandlungssozietät, 8 als Repräsentanten des Handels und der Industrie, 7 als solche der Landwirthschaft einschließlich der Müllerei, 3 als Gelehrte bezeichnet werden; die übrigen 3 sind als Angehörige der Hansestädte den Vertretern des Handels zuzurechnen. Ersichtlich war das Uebergewicht bei den Letzteren. Daß dies den Gang der Verhandlungen und deren Ergebniß bestimmen mußte, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die Betheiligung der Mitglieder an den Verhandlungen war keine allzu rege. Wird von den beiden Vorsitzenden abgesehen, so fehlte in jeder Sitzung etwa der dritte Theil. Aus sicherlich zwingenden Gründen blieben 2 Mitglieder fast ganz fort und versäumten 7 andere die Hälfte bis zwei Drittheile der Sitzungen — ein Beweis für die Unzweckmäßigkeit der Einsetzung einer so großen Kommission für einen so langen Zeitraum.

Die Kommission ist sehr gründlich vorgegangen. Mit Hülfe des deutschen Auswärtigen Amtes und des preußischen Handelsministeriums holte sie zunächst authentische Nachrichten über die bestehenden Vorschriften ein. Dieselben sind zu einem Bande „Die hauptsächlichsten Börsen Deutschlands und des Auslandes, ihre Organisationen, Einrichtungen, Gebräuche u. s. w." (IV u. 186 S.) vereinigt. Die Kommission vernahm weiter 115 Sachverständige, von welchen 39 dem Effektenverkehr, 16 dem Getreidehandel, 10 der Landwirthschaft, 10 der Müllerei, 9 dem Kaffeehandel, 6 dem Spiritus-, 7 dem Zucker-, 5 dem Textilgeschäft, 8 der Wissenschaft und Rechtspflege und 5 der Presse zugezählt werden. Die Aussagen wurden stenographisch festgestellt (3622 S.). Dies Material erfuhr eine fernere Ergänzung durch die Einsicht von Prozeßakten, durch Eingaben Geschädigter, durch schriftliche Gutachten und Darstellungen. Gedruckt sind davon geboten „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, betreffend den Einwand des Differenzgeschäfts" (45 S.), „Systematische Darstellung der Geschäftsbedingungen von 21 Bank-

Digitized by Google

firmen" (18 S.) und „Statistische Anlagen" (XXVI u. 396 S. nebst 6 graphischen Darst.). Die Verhandlungen der Kommission erstreckten sich durch 93 Sitzungen, von welchen 35 den Berathungen über die gewonnenen Ergebnisse in zwei Lesungen gewidmet waren. Für das Kommissionsgeschäft und die statistischen Erhebungen bestanden zudem zwei Unterkommissionen. Auch diese Berathungen wurden protokollirt (XXXII, 455, 7, 28 u. 15 S.). Auf Grund aller dieser Materialien erging der „Bericht der Börsen-Enquete-Kommission" an den Reichskanzler (190 S., auch besonders in Carl Heymanns Verlag 256 S.). Zur Erleichterung der Benutzung dienen ein „Register zu den stenographischen Berichten über die Sachverständigen-Vernehmungen" (246 S.), eine „Uebersicht der abgelehnten oder zurückgezogenen Anträge nebst Abstimmungen" (76 S.) und zwei Zusammenstellungen der Kommissionsvorschläge (18 u. 18 S.). Alles dies ist gegenwärtig von der Reichsdruckerei der Oeffentlichkeit unterbreitet.

Hiermit ist ein ungeheuerer Stoff geboten, dessen völlige Verarbeitung einem außerhalb der Kommission stehenden Beurtheiler kaum gelingen kann. Weitaus am werthvollsten sind die von den Sachverständigen abgegebenen Aussagen. Dieselben werden unzweifelhaft auf lange Zeit hinaus die beste Quelle für jede Forschung auf dem Gebiete des Börsenwesens sein. Die Abhörung schloß sich einem vorher entworfenen Fragebogen an. Im Widerspruche zu Anregungen aus der Mitte der Kommission (Prot. S. 5) wurde zum Glücke durchaus an der Mündlichkeit festgehalten. Dagegen war die Oeffentlichkeit völlig ausgeschlossen. Die Nr. VII der Geschäftsordnung besagt: „Die Verhandlungen sind nicht öffentlich. Keiner der Betheiligten wird über deren Inhalt Mittheilungen in die Presse gelangen lassen, so lange nicht das Gegentheil beschlossen wird". Im April 1893 verlangte der Reichskanzler eine Aeußerung, ob und inwieweit auch gegenwärtig noch Bedenken gegen eine mehrseitig gewünschte Veröffentlichung der bisherigen Verhandlungen bestänben. Die Kommission gab dieser nicht mißzuverstehenden Andeutung keine Folge, weil es nicht räthlich sei, vor dem definitiven Abschlusse der ein einheitliches Ganze bildenden Arbeiten der Presse die Fällung von Urtheilen zu ermöglichen, auch mit den Drucksachen haushälterisch umgegangen werden müsse (! Prot. S. 296, vgl. S. 35). Selbst über die schließliche Veröffentlichung der Materialien waren die Ansichten recht getheilt. Insbesondere wurde am Ende der Tagung gegen

Digitized by Google

die Publikation der Berathungsprotokolle, obschon vergeblich, geltend gemacht, daß der Bericht die Berathung in weit größerer Folgerichtigkeit und Ausführlichkeit enthalte und die Protokolle überhaupt nicht für die Oeffentlichkeit bestimmt gewesen seien (Prot. S. 442). Allerdings läßt eine Durchsicht derselben an der Richtigkeit dieser Angabe nicht zweifeln. Sehr wesentliche Bedenken wurden auch dahin laut, daß der Bericht den verschiedenen Meinungen, insbesondere denjenigen der Minderheit nicht gerecht geworden sei. Der Einfluß der Personen, welche in wichtigen Punkten überstimmt worden sind, muß ein starker gewesen sein. Nur so erklärt sich, daß auf vielen Seiten in der „Uebersicht der abgelehnten oder zurückgezogenen Anträge 2c." eine Art Minderheitsgutachten zur allgemeinen Kenntniß gelangt ist.

Das gesammte Vorgehen der Kommission fordert nach zwei Richtungen hin die Kritik heraus. Zwar ist nachträglich dem Begehren nach Oeffentlichkeit dadurch entsprochen, daß die gedruckten Materialien durch Zutheilung an Bibliotheken und buchhändlerischen Vertrieb zugänglich geworden sind. Allein eine wahre Oeffentlichkeit ist nicht erreicht. Der plötzlichen Hochfluth von etwa 5500 Seiten vermag sich kaum Jemand zu erwehren. Der von dem Minister von Boetticher betonte Zweck der Kommission, die Bevölkerung zu beruhigen, ist verfehlt. Nach Umfang und Preis des Gebotenen handelt es sich um eine Verkündung bei geschlossenen Thüren. Es wäre leicht gewesen, diesem Mißstande zu steuern. Bei voller Oeffentlichkeit der Verhandlungen hätte die gesammte Bevölkerung Gelegenheit gehabt, sich durch tägliche Berichte davon zu vergewissern, was für und was wider die Börse erbracht wurde. Sehr möglich ist es, daß jener „Sturm der Entrüstung", welcher sich nach Koch's Worten im Jahre 1891 erhoben hatte, nicht selten von Neuem losgebrochen wäre. Aber dann hätte auch die Gewähr dafür bestanden, daß die Vorschläge der Kommission das Rechte trafen. Dem allgemeinen Unwillen über schlimme Vorkommnisse würde so wenig zu widerstehen gewesen sein, wie der allgemeinen Zufriedenheit mit gegebenen Aufklärungen. Dann wären in wichtigen Punkten nicht Kompromisse möglich, nicht solche nöthig gewesen.

Dies führt auf das zweite Bedenken, ob in der That die vielköpfige Kommission gleich geschickt zum Untersuchen und zum Richten war. Eine Versammlung von 28 Mitgliedern, von welchen heute

Digitized by Google

dieses und morgen jenes fehlte, kann mit ihren von dem Zufall abhängigen Abstimmungen keinen rechten Gesetzentwurf zu Stande bringen. Sie hätte im Angesichte der Oeffentlichkeit hören und über das Gehörte berichten sollen. Damit wäre das Ziel, Aufklärung über das Gute und Böse der Börseneinrichtungen zu verschaffen, erreicht worden. Jetzt ist der Bericht, trotz seiner vielen Anführungen von Seiten der stenographischen Berichte, keine lebendige und keine gute Darstellung des Ergebnisses der Ermittelungen. Er ist ein Gesetzentwurf mit Begründung. Seine Bezeichnung als Bericht führt er zu Unrecht. Aus dem werthvollen Material hätte die hierzu berufene Behörde mit einem Guß eine ganze Börsenordnung gestalten sollen. So liegt ein gestücktes Werk vor, dessen Einzeltheile bald von den überzeugten Anhängern der freiesten Selbsterziehung, bald von denjenigen beschränkendster Staatszucht bearbeitet sind.*)

An diese Mängel knüpft die vorliegende Besprechung an. Es wird der Versuch gemacht, den Ermittelungen, insbesondere auch den Sachverständigenaussagen zu größerer Oeffentlichkeit mit zu verhelfen und auf Grund derselben den Bericht nachzuprüfen, unter Wahrung eines bestimmten Standpunktes, welcher nicht in dem Gebiete schrankenloser Verkehrsfreiheit liegt.

Die Kommission geht davon aus, „daß die Entwickelung des nationalen und des internationalen Güteraustausches, die Regelung der Geld- und Kreditverhältnisse des In- und Auslandes und die fortschreitende Ausbreitung des Aktienwesens sowie ähnlicher Gesellschaftsformen die Börse sowohl für den Verkehr in Waaren wie in Werthpapieren zu einem unentbehrlichen Faktor für die heutige Volkswirthschaft gemacht haben, und daß in Folge dessen keine Maßnahmen in Frage kommen können, von denen eine Störung und Beeinträchtigung der berechtigten und nothwendigen Funktionen der Börse zu befürchten sein würde“ (Bericht S. 5). Um eine Vorstellung von der Bedeutung insbesondere der Effektenbörse zu gewinnen, bedarf es in der That nur eines Blickes in die Vorbemerkung von Schmoller zu den statistischen Anlagen. Der Ver-

*) Diese Ausführungen berühren sich vielfach mit der nach deren Niederschrift bekannt gewordenen Darlegung von Professor Walther Lotz in dem Sozialpolitischen Centralblatt 1894 S. 181 und der Wochenschrift für Aktienrecht ꝛc. 1894 S. 93.

Digitized by Google

fasser führt aus, wie in früheren, nicht weit zurückliegenden Zeiten der größte Theil des vorhandenen Vermögens sich unmittelbar in den Händen der Eigenthümer befand, welche es nutzten und produktiv auf ihren Gütern, in ihren Geschäften verwendeten, wie aber seit den letzten Generationen dies Vermögen in immer steigendem Maße an die Gesellschaften, juristischen Personen und Schuldner gelangt ist, während die Eigenthümer eine rententragende Schuldforderung, und zwar stets zunehmend in Form der Inhaberpapiere, besitzen (vergl. St. B. S. 587 f.). So wird berechnet, daß das gesammte Kapitalvermögen von Großbritannien und Irland im Jahre 1885 etwa 10 000 Millionen £ betrug und davon etwa 40 Prozent durch die Börse bewerthet wurden. Für Preußen läßt die Miquel'sche Vorlage eines Ergänzungssteuergesetzes den Schluß zu, daß von 73,8 Milliarden privaten Kapitalvermögens etwa der vierte Theil schon die Form von Papieren angenommen hat, deren Werth von der Börse festgestellt wird. Schmoller schätzt die Anzahl derjenigen Personen, welche in Deutschland Effekten besitzen, auf $1^1/_2$ bis 2 Millionen. Er hält damit für bewiesen, daß ein möglichst vollkommenes Organ für die richtige Bewerthung der Effekten von Vortheil und Bedeutung nicht nur für einige Millionäre und Börsenleute, sondern für einen großen Theil des Volkes überhaupt ist. Nach den von ihm mitgetheilten Zahlen ist es in gewissem Grade wahrscheinlich, daß bei einer jährlichen Gesammtersparniß des deutschen Volkes von 2 bis 2,5 Milliarden 1 Milliarde davon in Effekten angelegt wird. Auch die große Frage, ob die Betheiligung des deutschen Publikums an exotischen Werthen, für welche die Börse verantwortlich zu machen ist, genützt oder geschadet hat, wird von Schmoller gestreift. Er erachtet die Ausdehnung der Thätigkeitssphäre der deutschen Börsen überwiegend als ein gesundes Symptom gestiegenen Wohlstands und der Handelsthätigkeit, und die großen Verluste im Wesentlichen als ein Lehrgeld dafür, daß die deutschen Börsen heute ebenbürtig neben denen von London, Paris und New-York stehen. Schmoller glaubt, daß hier die Gewinne über die Verluste hinausgehen und daß bei etwa 10 Milliarden in Deutschland befindlicher fremder Werthe der Zinsbezug von 500 Millionen jährlich für den deutschen Nationalwohlstand und die deutsche Zahlungsbilanz von größtem Werth ist.

Bei der ganz außerordentlichen und in stetem Zunehmen be-

Digitized by Google

findlichen Bedeutung der Börse nicht nur für das Gedeihen des Einzelnen und der Gesammtheit, sondern auch für die Machtstellung des Staates war es sicherlich angezeigt, an die bestehenden Einrichtungen nur mit vorsichtiger Hand zu rühren. Allein irgend ein Standpunkt mußte gewahrt werden. Der Bericht erörtert ausführlich die allbekannten Gründe für und wider den Eingriff des Staates in das freie Spiel der Kräfte. Die Kommission hat nach ihrem Bekenntnisse gesucht, zwischen den bestehenden Gegensätzen einen Mittelweg zu finden. Gefunden hat sie ihn nicht, wie ihn auf einheitlichem Gebiete Niemand finden wird. Die Kommission hat wohl in diesem Punkte das laissez faire, laissez passer gewahrt, es in jenem aufgegeben. Aber das ist kein Mittelweg, sondern ein Ablenken von einer Bahn zur anderen.

Nach der Eintheilung der Berathungsgegenstände in fünf Gruppen zerfallen die Vorschläge in ebensoviele Abschnitte: I. Rechtliche Stellung und Organisation der Börsen; II. Emissionswesen, Zulassung von Papieren zum Handel und zur Notiz; III. Terminhandel; IV. Maklerwesen und Kursfeststellung; V. Kommissionsgeschäft.

Es lag nahe, daß gelegentlich das Aktienwesen in den Kreis der Betrachtung gezogen wurde. Auch hier erachteten verschiedene Mitglieder eine Reform für dringend erforderlich, selbst eine offizielle Revisionspflicht nach dem Vorbilde der Genossenschaften für geboten (Prot. S. 445 f., 449 f., vgl. S. 9). Mit Recht gab die Mehrheit diesen Anregungen mit Rücksicht auf die der Kommission gestellten Aufgaben und zu Gebote stehende Zeit keine Folge. Es ist nicht richtig, daß eine Reform des Börsen- und Aktienrechts sich wechselseitig bedingen. Ein solides Aktienwesen und eine unsolide Börse sind ebenso mit einander verträglich, wie umgekehrt. Die Diskontogesellschaft ist gewiß eine ehrenwerthe Bank; und ihre Antheile sind doch Spielpapiere ersten Ranges.

Rechtliche Stellung und Organisation der Börsen.

1.

Was unter der Börse zu verstehen, ist gemeinhin klar. Sie stellt sich als eine an bestimmtem Orte zu bestimmter Zeit wiederkehrende Versammlung von Kaufleuten und Hülfspersonen zum

Digitized by Google

Zwecke des Abschlusses von Geschäften dar. Wenn trotzdem von Mitgliedern der Kommission eine Definition der Börse für das Reichsbörsengesetz verlangt wurde, so geschah dies nur, um die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Börse zu markiren. Der Antrag Schmoller-Gamp ging dahin, auszusprechen: „Die Börse ist eine durch den Staat genehmigte und unter Staatsaufsicht stehende Veranstaltung von Gemeinden oder Handelskorporationen zu dem Zwecke, den Handelsverkehr zu erleichtern und die allgemeinen wirthschaftlichen Interessen zu fördern." (Prot. S. 171.) Die Kommission beschloß, einen solchen allgemeinen Satz überhaupt nicht voraufzustellen. Derselbe hätte, praktisch ohne Bedeutung, die theoretische Auffassung festgelegt, daß die Börse nicht unter dem Gesichtspunkte der privaten Interessen ihrer Besucher, sondern unter demjenigen der öffentlichen Interessen der Allgemeinheit zu betrachten sei.

Ein Reichsbörsengesetz müßte, so wäre anzunehmen, zuvor volle Klarheit über die Organisation und die Besucher der Börse schaffen. Erst hiernach wären die Bestimmungen über die Börsengeschäfte zu treffen. Wird die erstere Feststellung unterlassen, so fehlt die Grundlage für den ferneren Aufbau. Dennoch ist, aus noch zu erörternden Gründen, auf eine einheitliche Regelung der erstbezeichneten Punkte Verzicht geleistet.

Für das Deutsche Reich kommen vornehmlich vier Börsen in Betracht: die Berliner mit etwa 3 362 Personen, welche im ersten Semester 1892 Beiträge für die Börsenbenutzung entrichtet haben; die Hamburger, deren Besucherzahl an belebten Geschäftstagen auf reichlich 5000 bis 6000 geschätzt wird; die Bremer mit 1346 und die Frankfurter mit 618 Besuchern im Jahre 1892 (gegen 1185 im Jahre 1873). Es schließen sich an die Leipziger mit 585, die Kölner mit 301, die Magdeburger mit 264, die Münchener mit 124, die Dresdener mit 55 Besuchern oder (Leipzig, Köln, Magdeburg) Besuchsberechtigten im Jahre 1892. Die Entwickelung der deutschen Börsen in Bezug auf die staatliche Einwirkung ist eine verschiedenartige gewesen. Der Bericht stellt einander gegenüber: Die Börsen in Preußen und Württemberg mit staatlicher Genehmigung, namentlich auch der Börsenordnungen; die Börsen der anderen Staaten, bis auf Hamburg und Bremen, als Versammlungsorte oder Privatvereine, theils mit voller Selbständigkeit (so München und Dresden),

Digitized by Google

theils unter den betreffenden Handelskammern (so Leipzig und Lübeck), endlich die Börsen von Hamburg und Bremen, welche ohne Vereinscharakter grundsätzlich Jedem Eintritt in die Börsenräume gewähren (S. 7 f.). Es kann dahingestellt bleiben, ob sich gerade für die hauptsächlich in Betracht kommenden Börsen diese Unterscheidung überall begründen läßt: Schließlich ruht die besondere Aufsicht in Berlin bei den Aeltesten der Kaufmannschaft auf Grund der vom Handelsminister genehmigten Börsenordnung, in Hamburg bei der von den Großkaufleuten gewählten Handelskammer nach Maßgabe einer Börsenordnung, deren Billigung dem Senat untersteht. Jedenfalls mußte, soweit hier volle Freiheit bestand, dieselbe nach der Bedeutung der Börse eine Einschränkung erfahren. Zutreffend weist der Bericht darauf hin, daß die Börsen längst über den Kreis der privatwirthschaftlichen Interessen des kaufmännischen Verkehrs hinausgewachsen und zu einem wichtigen Faktor der Volks- und Staatswirthschaft geworden sind. Richtig gewinnt er hieraus die Erkenntniß, daß eine Einrichtung, welche so tief in alle wirthschaftlichen Verhältnisse eingreift, welche so wichtige Interessen der nationalen Produktion und Versorgung berührt, nicht von dem einseitigen Standpunkte der Privatwirthschaft aus beurtheilt werden darf. Hieraus ist, als erster Vorschlag für ein Reichsbörsengesetz hergeleitet:

> **1. Aufsicht über die Börsen.** Die Genehmigung der Errichtung von Börsen, die Genehmigung oder der Erlaß der Börsenordnungen, sowie das Recht und die Pflicht der Aufsicht über die Börsen steht den einzelnen Landesregierungen zu.
>
> Die Landesregierungen sind befugt, die unmittelbare Aufsicht über die Börse den Handelsorganen (Handelskammern, kaufmännischen Korporationen) zu übertragen.

Daß die Genehmigung und Beaufsichtigung der Börsen den Landesregierungen übertragen ist, erscheint nur selbstverständlich. Um so weniger der Mangel aller Normativbestimmungen über die Voraussetzungen der Genehmigung und die Führung der Aufsicht. Der Antrag Gamp, durch Reichsgesetz auszusprechen, „daß der Bundesrath befugt ist, allgemeine Anordnungen über die Errichtung, Verwaltung und Schließung der Börsen zu erlassen" (Prot. S. 176), ging im Laufe der Verhandlungen verloren, nachdem ihm zunächst

Digitized by Google

entgegengehalten war, daß hier eine Einheitlichkeit nicht dringend geboten sei. Der Beweis für das Letztere ist nicht erbracht. Der Verzicht darauf, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Börse zu errichten ist, wie sie nach Organen und Mitgliedern beschaffen sein muß, wie und worin sie beaufsichtigt werden soll, bedeutet einen Verzicht auf ein Reichsbörsenrecht in nahezu dem wesentlichsten Punkt überhaupt. Jeder Regierung steht es zu, bewußt oder unbewußt, eine Politik für die Börsenthürme ihres Landes oder Ländchens zu treiben. Daß es sich hierbei nicht um Gebilde der Phantasie handelt, mag das Beispiel des Terminhandels in Kammzug lehren, welcher, in Berlin durch die staatliche Aufsichtsbehörde verhindert, in Leipzig blüht. Insoweit die Zulassung zum Terminhandel in Betracht kommt, ist die Kommission selbst beredt für die Regelung durch den Bundesrath als die Stelle eingetreten, „in welcher über die Einzelinteressen hinaus das wirthschaftliche Ganze überblickt wird" und die Gesichtspunkte der einzelnen Landesregierungen zur Vertretung zu gelangen haben (Bericht S. 96).

Hinsichtlich der Art der Aufsicht ist nur in ziemlich deutlicher Weise auf die Angemessenheit der Uebertragung an die Handelsorgane hingewiesen. Bei der Berathung kam zur Erörterung, ob auch den aus der freien Initiative der Kaufleute hervorgegangenen kaufmännischen Korporationen die Wahrung so wichtiger Interessen anvertraut werden könnte. Die Kommission bejahte dies für die Korporationen unter Staatsaufsicht, empfahl aber den Landesregierungen die Prüfung, ob nicht die kaufmännischen Korporationen zu Handelskammern zu erweitern seien (Bericht S. 11, vgl. Prot. S. 181). Ein weitergehender Antrag, welcher den Vorstand der berliner Börse zur Vermeidung einseitiger Interessenvertretung von einer in Berlin zu bildenden Handelskammer gewählt wissen wollte (Prot. S. 179), erfuhr Ablehnung. Nicht befürwortet ist die Aufsicht durch besondere, lediglich für diesen Zweck bestellte Beamte, entgegen dem Antrage Graf Arnim: „Die Landesregierung ist berechtigt, die Oberaufsicht durch angestellte Staatsbeamte auch in der Art auszuüben, daß sie den Sitzungen der Börsenvorstandsorgane mit berathender Stimme beiwohnen sowie für die Ausübung des Geschäftsverkehrs innerhalb der durch die Bestimmungen der Börsenordnung gezogenen Grenzen durch persönliche Revisionen Sorge tragen" (Prot. S. 180 f.). Andererseits ist die Anordnung einer Börsenaufsicht durch Sonder-

Digitized by Google

beamte nicht klar versagt. Für Preußen wurde bei der Sachverständigenvernehmung die Zulässigkeit der Entsendung eines Staatskommissars in Einzelfällen vertreten (St.B. S. 577). Auch der Kommissionsbericht besagt, es sei „der Staat, wenn sein Recht und seine Pflicht zur Beaufsichtigung der Börsen außer Zweifel gestellt wird, selbstverständlich befugt . ., durch Kommissare jeder Zeit von den Einrichtungen der Börse und von dem Geschäftsverkehr an derselben Kenntniß zu nehmen und diesen Geschäftsverkehr in geeigneter Weise zu überwachen" (S. 11). War dies so selbstverständlich, so mochte es neben Anderem getrost Ausdruck finden. Anderenfalls ist zu besorgen, daß aus dem Gange der Verhandlungen die Unzulässigkeit oder Unzuträglichkeit eines ständigen Börsenaufsichtsbeamten abgeleitet wird und es bei der jetzigen Staatsaufsicht „mehr platonischer Art" (St.B. S. 3096) verbleibt. Daß die kaufmännischen Sachverständigen sich überwiegend gegen eine derartige Staatsaufsicht aussprechen würden, war zu erwarten. Mit Recht bemerkte Schmoller: „Daß die Herren, die im Geschäftsleben stehen, an sich jeder solchen staatlichen Intervention abgeneigt sind, liegt ja in dem natürlichen Zuge der Interessen und der Vorstellungen, von denen sie ausgehen" (St.B. S. 570). Gegen die Einrichtung wurden im Allgemeinen nur die üblichen Bemerkungen laut. An Spott über den „tugendhaften, hervorragenden Staatskommissar", den Mann, von den man nicht wisse, „was er an irgend einer deutschen Börse anders soll, als Gehalt beziehen", den Geheimen Regierungsrath, welcher die Notizen machen solle, welcher eine höchst unglückliche Figur spielen würde, den „Sittenwächter", dessen es nicht bedürfe, fehlte es nicht (St.B. S. 571, 2165, 2413, 2612, 3204, 3206). Sachlich wurde wenig zur Bekämpfung angeführt: Einmal, daß der Kommissar als organische Institution die Selbstthätigkeit und die Selbstzucht lähmen würde (St.B. S. 573), weiter vielfach, daß es an geeigneten Persönlichkeiten für solche Stellung mangele. Beides ist kaum stichhaltig: Für die Selbstzucht war schon bisher Raum genug. Zu verspüren ist von ihr nicht viel gewesen. Ob ein fähiger Mann zu finden sein wird, mag die Zukunft lehren. „Es ist doch nicht nöthig", bemerkte Gamp, „den Begriff des Staatskommissars immer in Verbindung mit einer absolut unfähigen und untergeordneten Persönlichkeit zu bringen" (St.B. S. 2165). Die Erfahrung der großen Banken hat gezeigt,

Digitized by Google

daß Juristen sich in deren Verwaltung sehr bald eine geschäftliche Findigkeit angeeignet haben, welche derjenigen der gewiegtesten Börsenmänner Nichts, aber auch Garnichts nachgab. Sogar der mit Hohn bedachte „arme Assessor" (St.B. S. 571, 3599) hat hier eine nicht zu unterschätzende Rolle, sogar in der besten Gründerzeit, gespielt. Es ist nicht abzusehen, warum diese Kunst des Anempfindens nicht auch höheren Zwecken, als denen des Gelderwerbs dienstbar gemacht werden soll. Ein Staatskommissar, wie er mehrfach in Aussicht genommen war, welcher nicht einmal eingreift, sondern beobachtet und die Regierung verständigt, könnte wahrscheinlich viel nützen und gewiß nicht schaden. Ist er gescheut, so wird er weder, wie es befürchtet wurde, sich „beim Kastellan, bei irgend einem Unterbeamten informiren", noch wird ihm dann „heut dies vorgelogen morgen das" (St.B. S. 2165, 2170). Ueberzeugender klingt die Begründung des Grafen Arnim für den Kommissar: „Jeder kleine Markt wird von einem Konstabler beaufsichtigt, und es wird festgestellt, ob Maß und Gewicht dort richtig sind und ob richtig gehandelt wird. Warum sollte denn die Börse, wo doch auch manche Herren thätig sind, die auf alle Weise reich zu werden suchen und vielleicht in ihrer Art es mit dem Maß und Gewicht nicht ganz genau nehmen, von einer derartigen Aufsicht ausgeschlossen sein? Warum sollte die Börse denn diese ganz exzeptionelle Stellung einnehmen, wo die Leidenschaften und das Interesse oft alle anderen Rücksichten überwiegt?" (St.B. S. 2166.) Die Bemerkung eines Sachverständigen, schon das Bedürfniß der Regierung, die Kommission einzuberufen, lasse darauf schließen, daß sie über den Börsenverkehr bei weitem nicht in der nöthigen und wünschenswerthen Weise informirt sei (St.B. S. 1829, vgl. S. 3207), ist sicherlich zu beachten und nicht minder der Standpunkt eines anderen, nur bei unmittelbarer Kenntnißnahme des Staates von den betreffenden Vorgängen könne der Staat auch gewissermaßen verantwortlich gemacht werden für das Getriebe der Börse (St.B. S. 2683 f.). Daß der österreichische „Börsenkommissär", welcher nach dem Gesetze, betreffend die Organisirung der Börsen, vom 1. April 1875 §. 4 „die Oberaufsicht an der Börse führt, die Ausführung aller Börsenvorschriften überwacht, Mißbräuche zu rügen und, wenn nicht sogleich Abhilfe erfolgt, deren Beseitigung im Wege der politischen Landesbehörde zu bewirken hat", wenig genützt haben soll (St.B. S. 1008, 1298), beweist noch

Digitized by Google

Nichts für jedes Land und jede Zeit. Der Ausschluß des ständigen Staatskommissars erscheint als ein Mißgriff und dies um so mehr, als ein solcher, wie demnächst zu erörtern, zufolge der Regelung des Disziplinarverfahrens dennoch durch die Hinterfenster in die Börse hineinsieht.

In Bezug auf das Maß der Aufsicht wurde in der Kommission die Frage: „Ist der Staat an sich berechtigt, eine Börse aufzuheben?“ mit 15 gegen 3 Stimmen bejaht, die weitere: „Soll dies reichsgesetzlich ausgesprochen werden?“ mit 11 gegen 7 Stimmen verneint. Die Begründung des Vorsitzenden für diese Ablehnung, daß die Aufhebung der Börse doch eine so starke Maßregel darstelle, und daß kaum ein Fall denkbar sei, wo die Regierung zu diesem Mittel greifen werde (Prot. S. 172), überzeugt nicht.

Wegen der großen Bedeutung der Produktenbörse für die gesammte Landwirthschaft und andere Erwerbskreise wurden von Graf Arnim und Genossen Normativbestimmungen für die Börsenordnungen angeregt, „wonach in dem Vorstand der Produktenbörsen die Hauptgruppen der Börseninteressenten — und zwar der Handel im Allgemeinen, die landwirthschaftlichen Gewerbe und die Müllerei — eine entsprechende Vertretung zu finden haben“ (Prot. S. 287). Nach Ablehnung des Antrags trat die Forderung hervor, daß wenigstens die Börsenvorstände gehalten seien, „von zu fassenden Beschlüssen über Einrichtungen, betreffend den Handel mit landwirthschaftlichen Produkten, den Vertretungen der Landwirthschaft und der Müllerei Kenntniß zu geben“. Für diese Vertretungen wurde dabei das Recht beansprucht, „zu den betreffenden Beschlußsitzungen Delegirte, welchen beschließende (berathende) Stimmen zusteht, zu entsenden“ (Prot. S. 330). Auch dieser, zur Abwehr einer einseitigen Interessenvertretung dienliche und durch die Erfahrung der breslauer Börse unterstützte Antrag erfuhr Ablehnung, wenngleich nur mit Stimmengleichheit (Prot. S. 327). Der Kommissionsbericht begründete dies mit dem Hinweis auf das Recht und die Pflicht der Staatsaufsichtsbehörden, dafür zu sorgen, daß die Schlußscheinbedingungen und die sonstigen Einrichtungen der Produktenbörse die Interessen der anderen an dem Handel betheiligten Erwerbszweige nicht verletzten. Ob aber die Staatsaufsichtsbehörde, welche die Interessen aller Betheiligten gegen einander abwägen soll, geeignet ist, die Vertretung der einen Gruppe von Betheiligten zu ersetzen, muß zweifel-

Digitized by Google

haft sein. Mit dem sonst so oft betonten Grundsatze der Selbstverwaltung ist die beliebte Regelung schlecht vereinbar.

2.

Die Genehmigung und Beaufsichtigung der Börsen soll kraft Reichsbörsengesetzes von den Landesregierungen geübt werden. Diesen fällt folgerichtig die Prüfung des Inhalts der Börsenordnungen anheim. Die Freiheit der Landesregierungen wird jedoch zum Scheine, sobald den Reichsorganen die Befugniß zugestanden ist, allgemeine Anordnungen in Bezug auf diesen Inhalt zu treffen. Die Kommission verfuhr dem voraufgestellten Grundsatze gemäß, als sie diese Befugniß auf ein Mindestmaß einschränkte. Der Vorschlag für ein Reichsbörsengesetz geht dahin:

> **2. Obligatorischer Inhalt der Börsenordnungen.** Für jede Börse ist eine Börsenordnung zu erlassen, welche Bestimmungen treffen muß:
> 1. über die Börsenleitung und ihre Organe;
> 2. über die Geschäftszweige, welche zum Gegenstand des Börsenhandels gemacht werden dürfen;
> 3. über die Personen, welche zum Besuch der Börse zuzulassen sind und über die Bedingungen der Zulassung;
> 4. darüber, in welcher Weise die Preis- und Kursnotirung erfolgt.
>
> Bezüglich Punkt 2 soll der Bundesrath befugt sein, allgemeine Anordnungen zu erlassen.

Zugestanden mag werden, daß für die Bestimmung der Börsenleitung und ihrer Organe die Behördenorganisation des Einzelstaats entscheidend ist; auch, daß die Preis- und Kursnotirung einigermaßen mit den besonderen Verhältnissen jedes Platzes zusammenhängt. Das größte Bedenken muß es aber wiederum erregen, daß den Landesregierungen auch die Befugniß verliehen ist, über die Börsenleute Anordnung zu treffen. Die Zulassung zur Börse ist, nach Gustav Cohn's richtigem Ausdrucke „ein wesentlicher Angelpunkt der ganzen großen Börsenfrage“ (St. B. S. 230). Gelingt es nicht, die ungeeigneten Elemente von der Börse fernzuhalten, so ist jedes Reformgesetz in den Wind gegeben. Der Kommissionsbericht begründet die Zuweisung dieser wichtigsten Bestimmungen an die Landesregierungen mit der spärlichen Bemerkung,

Digitized by Google

daß „hierbei nicht bloß die lokalen Verhältnisse, sondern auch die historische Entwickelung der einzelnen Börsen berücksichtigt werden müssen“ (S. 13). Es wäre einfacher zu sagen gewesen: Die Rücksicht auf Hamburg schloß eine allgemeine Regelung aus. Vor den Börsen minderen Ranges hätte die Kommission kaum Halt gemacht. Die überaus geschickte Vertheidigung voller Börsenfreiheit durch die Hamburger Sachverständigen hat dies Halt geboten (vergl. Prot. S. 372). Dieselben beriefen sich auf die 330 Jahre alte Ueberlieferung ihrer Börse; sie schilderten, wie auf der Börse die Hausmakler ihren Geschäften nachgehen, die Notare, die größeren Anwälte Rathschläge ertheilen, die Schiffer, die Hauptmänner der Quartierleute, der Speicherarbeiter Aufträge empfangen, wie die Börse die eigentliche Hochschule der strebsamen Hamburger Jugend ist (St. B. S. 238, 726, 2611, 3330). „Alles“, so sagte ein Sachverständiger, „was mit dem Handel irgendwie Fühlung hat, besucht die Börse. Das macht es möglich, wenn ich heute an der Börse eine Depesche bekomme, ich soll eine gemischte Ladung nach China expediren, . . . daß ich ohne die Börse zu verlassen chartern kann, versichern kann, Einkäufe machen kann, Ordre geben kann, wieviel befördert werden soll. Ich kann das ganze Geschäft abwickeln, ohne die Börse zu verlassen. Das macht die Bedeutung der Hamburgischen Börse aus“ (St. B. S. 2611). Derselbe Sachverständige kennzeichnete ganz gut: „Wir in Hamburg haben eigentlich gar keine Organisation. Die Börse ist weiter nichts wie ein offener Markt; Jeder ist zugelassen, der hinkommen will, und Jeder kann sein Geschäft machen, so wie er will“ (St. B. S. 2608). Nur ein Sachverständiger für Hamburg mischte ein Tröpfchen Gift in den überschäumenden Becher: Auch in Hamburg giebt es für die außerordentlich belangreichen Zweige des Kaffee- und Zuckerhandels *geschlossene* Börsen (St. B. S. 3328 f.). Das Gewicht der Gründe, welche für einen Platz von der Bedeutung Hamburgs mit seinen etwa 6000 Börsenbesuchern auf volle Börsenfreiheit hinweisen, soll nicht unterschätzt werden, wenn auch von beachtenswerthester Seite die sogenannte Großartigkeit der hamburger Börse als Kleinstädterei bezeichnet wurde (St. B. S. 1283). Aehnlich liegt die Sache in Bremen (St. B. S. 247, Die hauptsächlichsten Börsen ꝛc. S. 52). Aber rechtfertigt die überkommene Börseneinrichtung der Hansestädte in der That die Freigebung der Zulassung zur Börse für alle Landesregierungen?

Digitized by Google

Und rechtfertigt dieselbe einen Verzicht auf jede Einschränkung des Börsenbesuchs überhaupt? Selbst in Hamburg ist der Besuch den nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindlichen, den in Konkurs oder Zahlungseinstellung befangenen Personen versagt, der Ausschluß wegen Ungebühr, leichtfertiger oder böswilliger Verbreitung falscher Gerüchte ꝛc. zugelassen. Darum handelt es sich ja gerade, diese Bestimmungen zu verallgemeinern und sie angemessen zu ergänzen. Bei der befolgten Methode kann jeder Staat, welcher sich von voller Börsenfreiheit Vortheil verspricht, sie einführen, ohne einen durch die bisherigen Einrichtungen bewährten Grund und ohne daß die Centralinstanz ihn daran zu hindern vermag. Was der Kommissionsbericht anführt, oder vielmehr andeutet, rechtfertigt nur, daß der Bundesrath bei allgemeiner Regelung der Sache Ausnahmen in bestimmten Punkten nach den örtlichen Verhältnissen gestatten darf. Dann liegt aber die Beurtheilung, ob zu der Börsenfreiheit Anlaß gegeben ist, bei dem Reiche, welches diese Frage schwerlich zu Ungunsten Hamburgs verneinen wird. Für die allgemeine Gewährung der Freiheit, Börsen mit ungehörigen Elementen und ohne solche aufzurichten, ist kein triftiger Grund erbracht.

3.

Der Bericht erörtert demnächst die zweckmäßigste Verfassung der Börse und wendete sich hier gegen die „korporative Verfassung" derselben. Um den Ausdruck mag nicht gerechtet werden. Gemeint ist offenbar das englisch-nordamerikanische Klubsystem, derjenige Zustand, „wo die Börse ein ganz eng geschlossener Kreis ist mit hohem Eintrittsgeld, wo sich die Leute Bestimmungen für ihren Geschäftsverkehr auferlegen und keinen Anderen hineinlassen" (St. B. S. 2983 f.). Aus der unter den Drucksachen der Kommission befindlichen Zusammenstellung über die hauptsächlichsten Börsen Deutschlands und des Auslandes sei hier der Aufnahmebedingungen an der londoner Stock exchange besonders gedacht: Die Zulassung zur Börse muß von sämmtlichen Mitgliedern alljährlich neu beantragt werden. Ueber den Antrag entscheidet das alljährlich gewählte committee for general purposes. Neue Mitglieder bedürfen der Empfehlung durch drei members (keine clerks), welche mindestens vier Jahre lang der Börse angehören und stets ihre Verpflichtungen erfüllt haben. Jeder dieser drei recommenders muß für den Fall der Zahlungseinstellung

Digitized by Google

des Bewerbers sich zur Zahlung von 500 £ verpflichten unter Erstreckung dieser Bürgschaft auf vier Jahre. Für den Fall, daß ein clerk, welcher bereits vier Jahre in der Börse thätig gewesen ist, sich als member meldet, genügen zwei recommenders mit Bürgschaft für je 300 £. Kein Mitglied darf sich für mehr als drei Bewerber zu gleicher Zeit verbürgen. Jeder recommender hat folgende Fragen zu beantworten: Ist der Bewerber jemals in Konkurs gerathen oder hat er sich mit seinen Gläubigern verglichen, bezw. wann und wieviel Prozent sind gezahlt worden? Würde der recommender die Checks des Bewerbers für dessen geschäftliche Verpflichtungen bis zur Höhe von 3000 £ bedingungslos als gut annehmen? Es erfolgt Aushang der Namen der Bewerber und recommenders durch acht Tage. Wer in Konkurs gerathen ist, kann nur Mitglied werden, wenn er seine Gläubiger voll ausbezahlt hat. Wer mehr als einmal Konkurs gemacht oder sich mit seinen Gläubigern sonst verglichen hat, ist überhaupt von der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Personen, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden nur unter erschwerenden Bedingungen zugelassen. Das committee kann zeitweilig oder dauernd jedes Mitglied ausschließen, welches gegen die Satzungen der Börse fehlt, oder welches may be guilty of dishonourable or disgraceful conduct. Die Wiederzulassung von Kridaren und solchen, die ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, ist sehr behindert (S. 72 ff.). Die Fondsbörse in Glasgow fordert sogar für die Aufnahme außer Empfehlung, Aushang und Zweidrittelmehrheit des Vorstands ein Eintrittsgeld von 200 bis 400 £ und Bürgschaft von 3000 £ in Werthpapieren oder durch Mitglieder fünf Jahre hindurch (ebd. S. 151), die Fondsbörse in Liverpool außer den obigen allgemeinen Erfordernissen ein Eintrittsgeld von 200 £, den dauernden Besitz einer Börsenaktie und Bürgschaft von 2000 £ in Baar, Werthpapieren oder durch Mitglieder während dreier Jahre (ebd. S. 67, vgl. für Manchester S. 78, für Dublin S. 149). Bei amerikanischen Börsen stellt das Eintrittsgeld ein kleines Vermögen dar, so bei der Fondsbörse in Chicago 2500 $, bei der dortigen Produktenbörse 10 000 $, wozu trotzdem die Empfehlung durch zwei Mitglieder ꝛc. treten muß (ebd. S. 115, 119).

Die Kommission lehnte in einer, das gesammte Vorgehen bezeichnenden Weise diese „korporative Verfassung“ zwar theoretisch ab, gab ihr aber praktisch gewisse Folgen in den Bestimmungen über

Digitized by Google

die Zulassung zur Börse. Die Art der Verfassung der Börse erscheint in der That von untergeordneter Bedeutung. Nur darauf kommt es an, inwieweit die Zulassung freigegeben oder beschränkt sein soll. Auch in dieser Hinsicht war die Meinung eine getheilte: Wiederum wurden die Börsen von Hamburg und Bremen heraufbeschworen. Aus dem Gebahren der Besucher dieser Börsen schloß die Kommission, daß die Freiheit nicht nothwendig zu Mißständen und Ausschreitungen führen müßte. Das Ergebniß war, wie bemerkt, Abwälzung der Verantwortung für die Zulassung zum Börsenbesuch auf das „pflichtmäßige Ermessen der betreffenden Staatsaufsichtsbehörden." Freilich fiel eine Anzahl von Normativbestimmungen für solche Börsen ab, bei welchen eine Einschränkung des Börsenbesuchs überhaupt stattfinden soll. Allein auch hier nicht in dem Sinn einer zwingend gleichmäßigen Regelung. „Der Zweck dieser Normativbestimmungen soll vielmehr nur der sein, bei Festsetzung der Börsenordnungen unter voller Berücksichtigung der lokalen Bedürfnisse, der Art der Börse und ihrer Zweckbestimmung als Anhalt zu dienen" (Bericht S. 14). Anders klang es schon, als einzelne Kommissionsmitglieder hervorgehoben wissen wollten, „daß die Mehrheit der Kommission wesentliche partikulare Abweichungen von den aufgestellten allgemeinen Grundsätzen weder für wünschenswerth, noch für nothwendig gehalten habe" (Prot. S. 372). Für die Börsenordnungen sind folgende Vorschläge gemacht.

3. **Zulassung von Personen zur Börse. A. Bedingungen der Zulassung im Allgemeinen.** 1. Anspruch auf Zulassung zur Börse haben diejenigen, welche Handelsgeschäfte in solchen Waaren betreiben, für deren Handel die Börse errichtet ist.

2. Die Erlaubniß zum Besuch der Börse kann unter den von der Staatsaufsichtsbehörde festzusetzenden Bedingungen denjenigen ertheilt werden, deren Anwesenheit für die Förderung der zu 1 bezeichneten Handelsgeschäfte von Werth ist (Hülfsgewerbe, Notare, Vertreter der Presse, frühere Kaufleute), ferner denjenigen, welche vermöge ihrer Amtspflicht die Börse besuchen. Diese Erlaubniß ist zurückzuziehen, wenn eine dieser Personen gewerbemäßig an der Börse Geschäfte abschließt.

3. Handlungsgehülfen ist der Besuch der Börse nur in so weit gestattet, als sie von den in Gemäßheit der Nr. 1 zur Börse

Digitized by Google

zugelassenen Personen mit der Ausführung ihrer Börsengeschäfte betraut sind. Handlungsgehülfen dürfen an der Börse nur Geschäfte auf den Namen ihres Prinzipals und für denselben abschließen.

Der Antrag auf Zulassung ist stets vom Prinzipal zu stellen.

Hiernach scheint es, als solle ein Unterschied aufgestellt werden zwischen „Zulassung zur Börse" und „Erlaubniß zum Besuch der Börse". Die noch zu erörternden Bestimmungen über die Zulassung würden alsdann nur die unter Nr. 1 fallenden Personen treffen. Nach dem Vorschlage Nr. 2 ist der Kreis der Börsenleute außerordentlich weit gezogen. Zugelassen sollen nach dem Berichte zumal sein: „Diejenigen Industriellen und Kaufleute, welche an der Herstellung oder dem Handel solcher Erzeugnisse betheiligt sind, deren Preise beeinflußt werden durch den Preis der an der Börse gehandelten Waaren." Weiter „die Transportinteressenten, insbesondere die Rheder und Frachtführer, . . da es unzweifelhaft den Handelsverkehr erleichtern und fördern wird, wenn . . an der Börse direkt die Verträge über den Transport und die Assekuranz der gekauften Waaren abgeschlossen werden können". Damit stimmt es schlecht, daß die betreffenden Personen nicht gewerbemäßig an der Börse Geschäfte abschließen sollen. Gemeint ist offenbar etwas Anderes: nämlich die Versagung gewerbemäßigen Abschlusses von Börsengeschäften an der Börse. Hinsichtlich der Zulassung von „Notaren und Advokaten" nimmt der Bericht wiederum auf Hamburg Bezug, für welches doch eine Geltung der gesammten Normativbestimmungen garnicht in Aussicht genommen ist. Die früheren Kaufleute sollen „durch ihre Sach- und Fachkenntnisse und ihre Unparteilichkeit" sich besonders für die Stellungen als Sachverständige, Schiedsrichter, Börsenkommissare eignen (Bericht S. 14 f.). Mit den wiedergegebenen Bestimmungen ist thatsächlich die hamburger Börsenfreiheit für ganz Deutschland als Grundsatz verkündet. Die Vorschläge jener, welche eine mehr aristokratische Gestaltung der Börse wollten (vgl. St. B. S. 3595 f.), sind verhallt, ganz zu geschweigen von Aeußerungen dahin, daß die Börse nur eine Einrichtung für vermögende Leute sei (St. B. S. 1826). Unter die drei Nummern läßt sich so ziemlich Jeder bringen, welcher den Beruf fühlt, zur Börse zu gehen. So wird die Börse ihre alten Freunde behalten: die Theaterbillet-

Digitized by Google

händler und die Juwelenhausirer (St. B. S. 230, 1831), die furter Privatiers, welche an der Börse spazieren gehen (St. B. S. 1708), die angeblichen Kommis, die eigentlich Hochzeitscarmina machen (St. B. S. 2606), ja die Häuserspekulanten, die Wucherer und Winkelkonsulenten (St. B. S. 896). Inwieweit die Furcht vor Winkelbörsen für diese Grundsätze mitbestimmend gewesen ist (St. B. S. 235, 3210), erhellt nicht. Für Berlin, wo die Abendbörse vor Kranzler's Konditorei, wo die Sonntagsbörse in der Ressource von selbst geschwunden sind, war solche Besorgniß nicht begründet. Freilich soll die sogenannte Börse vor dem Börsengebäude in Wien angeblich die unsaubersten Elemente vereinigen (St. B. 249). Auch ist immerhin beachtenswerth das angeführte Beispiel von einer Bank in Basel, welche wegen Unsolidität nicht zur dortigen Börse zugelassen war und doch eine der skandalösesten Schwänzen fertig brachte (St. B. S. 1822).

Ein gewisses Ventil gegen den Andrang katilinarischer Existenzen ist nun allerdings in den Bestimmungen über den Antrag auf Zulassung und die Gewährschaft geschaffen. Die unmaßgeblichen Vorschläge für die Börsenordnungen gehen dahin:

> **B. Antrag auf Zulassung, Gewährschaft.** 1. Der Antrag auf Zulassung zum Besuche der Börse ist schriftlich zu stellen und muß von mindestens drei Gewährsmännern, von welchen jeder mindestens 3 Jahre der betreffenden Börse angehört haben muß, unterstützt werden.
>
> Der Börsenbehörde steht das Recht zu, in den geeigneten Fällen von den Gewährsmännern eine Realkaution zu verlangen.
>
> 2. Nach Eingang des Antrages ist derselbe mit Namhaftmachung der Gewährsmänner durch Aushang an der Börse während einer Woche zur Kenntniß der Börsenbesucher zu bringen. Nach Ablauf dieser Frist entscheidet die Börsenbehörde über den Antrag, nachdem die Gewährsmänner desselben zu Protokoll erklärt haben, daß sie nach sorgfältiger Prüfung den Aufzunehmenden für einen Mann halten, welcher der Aufnahme in die Börse und der Achtung seiner Berufsgenossen würdig ist.

Digitized by Google

Wird der Antrag auf Zulassung abgelehnt, so darf derselbe innerhalb 6 Monaten nach der Ablehnung nicht wiederholt werden.

Wird gegen ein Mitglied der Börse auf Ausschließung von derselben auf die Dauer von mindestens 3 Monaten erkannt, so ist zugleich zu prüfen, ob der Gewährsmann bei der Empfehlung Thatsachen gekannt hat oder bei Anwendung der kaufmännischen Sorgfalt und ernster Erfüllung der ihm durch die Empfehlung auferlegten Pflicht Thatsachen hätte kennen müssen, wonach der Ausgeschlossene der Aufnahme in die Börse und der Achtung seiner Berufsgenossen unwerth gewesen. Ist dies der Fall, so ist gegen den Gewährsmann disziplinarisch vorzugehen. Außer auf die anderen Disziplinarstrafen kann auf Absprechung des Rechts, dauernd oder zeitweise als Gewährsmann zu fungiren, erkannt werden. Die Strafverfolgung gegen den Gewährsmann tritt nicht ein, wenn zwischen der Gewährschaft und der Ausschließung mehr als 5 Jahre liegen.

Die Entscheidung der Börsenbehörde über Zulassungsanträge unterliegt dem Rekurs an die Landesaufsichtsbehörde.

Die zwingende Realkaution ist also verworfen. Den Grund hierfür hat ein Sachverständiger am Einfachsten gegeben: „Wenn der Mann Nichts hat, wird sich Keiner verbürgen, und wenn er was hat, so ist es nicht nöthig“ (St. B. S. 2983, vgl. S. 2021). Die Gegenausführungen von Schmoller, welcher darauf hinwies, daß das englische Verfahren, bei welchem der Bürge wenigstens für den Empfohlenen mit 500 £ hafte, der Bürgschaft einen ganz anderen Charakter gebe (St. B. S. 2020, vgl. S. 240 f.), sind nicht durchgedrungen. Es war nach dem Berichte die Rücksicht auf die „tüchtigen jungen Kräfte“, welche hier zu möglichster Milde führte. Die für die Kombinationen des Handelsgesellschaftsrechts von jeher bewährte „kapitallose Intelligenz“ mußte wiederum herhalten. Dem abweichenden Gedanken, daß für die jungen Kaufleute eine längere Schulung in unselbständiger Stellung gut sein könnte, welcher in England vielfach zu niedrigerer Bemessung der Bürgschaft oder des Eintrittsgelds nach mehrjähriger Vorbereitungszeit geführt hat (Die hauptsächl. Börsen ꝛc. S. 73, 149, 151,

Digitized by Google

153), gab nur bei den Vernehmungen ein Sachverständiger dahin Ausdruck: „Ich meine, diese tüchtigen Kräfte würden nicht von der Börse ausgeschlossen sein; denn tüchtige Kräfte finden immer auf den Büreaux anderer Börsenbesucher ihren Sitz und sind dann später in der Lage, wenn sie sich Vertrauen erworben haben, ebenso gut Börsenbesucher zu werden, wie die anderen auch“ (St. B. S. 2158, vgl. S. 2981). Nach wie vor findet der Geschäftsmann, dessen einziges Besitzthum „Notizbuch und Bleistift“ ist (St. B. S. 2972), den Eingang zur Börse, wenn er nur drei Gewährsmänner aufzutreiben vermag. Denn das Recht, Realkaution zu fordern, wird voraussichtlich nur auf dem Papier stehen. Der Bericht selbst sagt: „Von diesem Recht soll die Börsenbehörde jedoch nur ausnahmsweise z. B. dann Gebrauch machen, wenn es sich um Personen handelt, die durch eigenes Verschulden, insbesondere durch umfangreiche Börsenspekulationen in Vermögensverfall gerathen sind, und von denen anzunehmen ist, daß sie, ohne Geldmittel zu besitzen, die Börse nur zu dem Zweck besuchen wollen, um in weiteren Differenzspekulationen ihr Glück zu versuchen“ (S. 16). Gewiß ein lehrreiches Beispiel. Aber lehrreich dafür, daß die Kommission hier nicht das Rechte getroffen hat. Verkrachten Spielern sollten die Thüren, welche zu einer Versammlung ehrenwerther Geschäftsleute führen, schlechthin verschlossen sein.

Die Garantie, daß die Gewährsmänner selbst vertrauenswürdig sind, wird in ihrem dreijährigen Börsenbesuche gefunden. Die ursprünglichen Beschlüsse, nach welchen für die Börsen zu Berlin, Hamburg und Frankfurt fünf Gewährsmänner und eine Börsenangehörigkeit aller Gewährsmänner von sechs Jahren gefordert wurden (Prot. S. 175, 179), sind zu dem jetzigen Vorschlag abgeschwächt. Derselbe erscheint unzulänglich. Ist es nicht angängig, daß die Gewährsmänner zum Theil den Börsenorganen entnommen werden (Anträge Gamp, Schmoller Prot. S. 175, vgl. St. B. S. 735), so kann doch die Empfehlung durch angesehene, solide Firmen gefordert werden (St. B. S. 2983). Was darunter zu verstehen ist, wissen die Börsenbehörden gut genug. Richtig sagte ein Sachverständiger: „Vor den Leuten, die von den Kleinsten wieder empfohlen werden, kann uns Allen bange sein“ (St. B. S. 2021 f.). Gewiß ist die Feierlichkeit, mit welcher die Empfehlung umgeben werden soll, ebenso zu billigen, wie die in Aussicht ge-

Digitized by Google

nommene Verfolgung leichtfertiger Gewährsmänner. Die Hauptfrage bleibt aber, ob die Börsenbehörde auf den von den Gewährsmännern unterstützten Antrag unter Würdigung der gesammten Verhältnisse des Antragstellers und seiner Fürsprecher, sowie der etwa durch den Aushang hervorgerufenen Anzeigen nach freiem Ermessen, welches nur der Nachprüfung der — übrigens gegen die Vorschläge des Referenten hineingebrachten — Rekursbehörde unterliegt, über die Aufnahme befinden darf. Eine klare Bejahung der Frage ist weder in den Vorschlägen, noch in deren Begründung enthalten. Nur wenn das Recht der Börsenbehörde feststeht, zu sagen; daß zwar die formellen Voraussetzungen der Zulassung gegeben sind, daß aber der Antragsteller seiner ganzen Persönlichkeit nach nicht in die Börse gehört, kann diese Behörde eine gedeihliche Thätigkeit entwickeln. Ein berliner Sachverständiger sagte: „Leute, die nicht mit Zuchthaus bestraft sind, können wir überhaupt nicht ausschließen, wir müssen Jeden hereinlassen"; und als ein anderer davon sprach, daß Personen aus langjähriger Gefängnißhaft unmittelbar an die Börse kämen, bemerkte der Vorsitzende: „Dieser Fall kommt öfters vor" (St. B. S. 2606, 1276). Das mag sein, aber er soll nicht vorkommen. Der entlassene Sträfling, der vermögenslose Spieler, der Wucherer hat Nichts in anständiger Gesellschaft zu schaffen, wenn er auch drei Gesinnungsgenossen findet, welche ihn empfehlen.

Die Kommissionsvorschläge sind durchaus formalistisch. Es fehlen Bestimmungen über diejenigen, welche keinenfalls zur Börse zuzulassen sind; es fehlen Vorschriften, welche eigentliche Gewähr für die Gewährsmänner und damit für die Börsenbesucher bieten. Für Zeiten spekulativer Hochfluth schützt kein Damm gegen die Eindringlinge, wie sie Joseph Neuwirth (Die Spekulationskrisis von 1873 S. 347 f.) so drastisch geschildert hat: „In Oesterreich ist Jedermann, dem es paßt, börsefähig. Bildung, intellektuelle Befähigung, materielle Bürgschaft, darnach wird nicht gefragt. Wer nicht gerade ein gemeiner Verbrecher oder ein Kridatar oder ein Schmuggler ist, der hat das Recht, die Börse zu besuchen und dort nach Millionen Geschäfte abzuschließen. Die Bezeichnung Börsebesucher gilt als Titel, als Gewerbe; wer sonst nichts Besseres zu thun weiß oder nichts Besseres thun will, wer die harte Arbeit scheut oder in seiner früheren Stellung Schiffbruch gelitten hat, der

Digitized by Google

wird Börsebesucher, in die Altagssprache übersetzt: Börsianer. Er braucht nicht schreiben zu können und nur so viel zu besitzen, um die Gebühr für die Börsekarte zu bezahlen, um in den Olymp eingeführt zu werden." Daß hier eine Uebervölkerung eintreten kann, welche zu vorbeugenden Maßregeln zwingt, mag, da die Statistik für Berlin in Stich läßt, diejenige für Wien beweisen: In zehn Jahren stieg der Börsenbesuch von 938 Personen im Jahre 1868 auf 3030 im Jahre 1873 und sank derselbe wieder auf 1438 im Jahre 1877 herab. Gegenwärtig umfaßt er, stets abgesehen von der Börse für landwirthschaftliche Produkte, 1517 Personen. (Statistische Anl. S. 391, 393.)

Der fernere Vorschlag für die Börsenordnungen geht dahin:

> **C. Entziehung des Rechtes zum Börsenbesuch.** Als Gründe der dauernden und zeitweisen Entziehung des Rechtes zum Börsenbesuch gelten die in §. 5 Abs. 1 und 2 Ziffer 1—4 der revidirten Börsenordnung für Berlin aufgeführten Gründe.

Diese Börsenordnung vom 20. März 1885 unterscheidet: Der Verlust des Zutrittsrechts tritt nach §. 5 Abs. 1 von selbst ein gegen Personen, welche in eines der Verhältnisse gerathen, bei dessen Vorliegen nach §. 4 Ziffer 3—6 die Börseneintrittskarte nicht ertheilt werden kann. Es sind dies Personen, welche sich nicht im Vollgenuß der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, welche wegen Verschwendung oder Geistesschwäche entmündigt sind, über deren Vermögen der Konkurs schwebt, welche wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden sind. Mittelst Beschlusses der Aeltesten sind dagegen nach §. 5 Abs. 2 auszuschließen Diejenigen, 1. welche erweislich nicht des Börsenhandels, sondern anderer, demselben fremder Zwecke wegen sich einfinden, 2. gegen welche der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte durch ein noch nicht rechtskräftiges Erkenntniß ausgesprochen ist, 3. gegen welche bei dem zuständigen Gerichte wegen Verschwendung oder Geistesschwäche der Antrag auf Entmündigung gestellt ist, 4. welche wegen einfachen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden sind oder welche sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinden. Die Kommission hat vorgeschlagen: Hinzuzufügen ist folgende Vorschrift:

Digitized by Google

Die Dauer der Entziehung im Falle der Bestrafung wegen einfachen Bankerutts wird von der Börsenbehörde festgesetzt.

Personen, welche in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathen, oder bei welchen die Bedingungen der Zulassung selbst fortgefallen sind, ist der Zutritt zur Börse so lange zu verweigern, bis die Börsenbehörde auf ihren Antrag den Zutritt wieder gestattet.

Es wird sich nicht behaupten lassen, daß diese Vorschriften sonderlich klar gefaßt sind. Fraglich ist zunächst, ob daneben der §. 5 Absatz 3 der berliner Börsenordnung gelten soll. Nach demselben dauert in den Fällen des Absatz 2 Ziffer 1—3 die Ausschließung so lange, bis der Ausschließungsgrund beseitigt ist, und ist in den Fällen des Absatz 2 Ziffer 4 die Ausschließungsfrist auf mindestens 3 Monate bis höchstens 3 Jahre zu bemessen, wobei auch nach Ablauf der Frist die neue Eintrittskarte nur ertheilt werden kann, wenn das Aeltestenkollegium den Nachweis einer mit sämmtlichen Gläubigern durch Zahlung, Erlaß oder Stundung erfolgten Regulirung für geführt erachtet. Zweifelhaft ist aber nicht minder der Inhalt der in Bezug genommenen Bestimmungen der Börsenordnung selbst. Giebt ihr §. 5 Absatz 1 die Befugniß, die der Ehrenrechte Beraubten, die Entmündigten, die Gemeinschuldner und die wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig Verurtheilten dauernd auszuschließen? Oder widerspricht dieser Erläuterung, etwa mit Ausnahme der Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts, nicht wieder der §. 5 Absatz 3 mit seinen Bestimmungen über die Ausschließungsfrist? Ganz undeutlich ist es, was mit dem Kommissionszusatz über den Ausschluß solcher, bei welchen die Bedingungen der Zulassung selbst fortgefallen sind, gemeint ist. Soll dies nur heißen, daß der Zutritt den Personen zu verweigern ist, für welche nach den Vorschlägen der Kommission die Börseneinrichtungen nicht getroffen sind? Oder zielt die Bestimmung auch auf diejenigen Fälle, in welchen nach der berliner Börsenordnung §. 4 Ziffer 3—6 die Eintrittskarte nicht zu gewähren ist? Eine Börsenordnung soll nicht, wie die Kommissionsvorschläge dies thun, Räthsel aufgeben. Die sparsamen Bestimmungen müssen zum Mindesten klar sein. Und in diesen Bestimmungen ist zweifelfrei auszusprechen, daß, wer einmal rechtskräftig der bürgerlichen Ehrenrechte beraubt,

Digitized by Google

wegen Verschwendung entmündigt, in Bankerutt, offiziellen oder offiziösen, verfallen gewesen ist, einen Anspruch auf Belassung zur Börse nicht mehr hat. Alte Zuchthäusler, Verschwender und Bankerutteure haben gemeinhin in einer Börse Nichts zu schaffen. Ausnahmen aus Billigkeitsgründen mag die Börsenbehörde machen dürfen. Soll etwa nach den jede Deutung zulassenden Kommissionsbeschlüssen darüber hinaus der einen oder anderen Klasse dieser Personen die Börse ganz verschlossen sein, so ist hiergegen von dem diesseitigen Standpunkt aus gewiß nichts zu erinnern. Hinsichtlich der verkrachten Spekulanten ist Nicht zu übersehen, daß die Börse stets geneigt war, hier eine besondere Milde walten zu lassen. Ein Sachverständiger konnte sagen: „Es ist ja in solchen Fällen an der Börse die Regel, daß man herumgeht und für die Betreffenden sammelt, gewissermaßen als wenn irgendwo eine Hungersnoth ist. Ja, da kann sich am Ende Keiner ausschließen; man muß seinen Beitrag zeichnen, damit die Differenzen des Mannes gedeckt werden und er bleiben kann" (St. B. S. 1826). Schon um solchem Unfug abzuhelfen, wäre der beobachtende Staatskommissar an seinem Platze (oben S. 283 ff.).

4.

Sicherlich ist es ein Widerspruch, daß die Kommission die Bestimmungen über den Zutritt zur Börse den Börsenordnungen überlassen, dagegen die Regelung der Börsendisziplin, insbesondere die Einrichtung eines Disziplinarhofs, dem künftigen Reichsbörsengesetze zugewiesen hat. Wird durch das Reichsrecht der Kreis der Börsenbesucher bestimmt umschrieben und die Zulassung von einem ehrenwerthen Vorleben abhängig gemacht, so darf das nämliche Recht auch eine fernere ehrenwerthe Haltung der Börsenbesucher bei Vermeidung disziplinarischer Ahndung verlangen. Stellt es aber das Reichsrecht dem Belieben der einzelnen Landesregierungen anheim, über die Börsenbesucher zu verfügen, und wird dadurch die Zulassung von Jedermann, ohne Rücksicht auf seine anständige Führung in dem privaten und geschäftlichen Leben, ermöglicht, so ist es unrichtig, nun von Reichswegen das Wohlverhalten aller Börsenbesucher zu fordern. Von diesem Standpunkt aus gewinnen die seltsamen Auslassungen der Sachverständigen über die Börsenehre eine hohe Bedeutung. Selbst ein berliner Sachverständiger durfte sagen: „Ich bin der Meinung, daß es verkehrt ist, die Vorstellung

Digitized by Google

erst zu erwecken, als ob an der Börse das Moment der Ehre ein irgendwie ausschlaggebendes ist" (St. B. S. 1829, 1830). Und ein Anderer: „Ich bin der Ansicht, daß sich die Ehrbegriffe nicht mit solcher Subtilität, wie sie das soziale, bürgerliche Leben hat — und da besteht auch eine kolossale Verschiedenheit unter den einzelnen Ständen — auf die Börsen- und Erwerbsverhältnisse übertragen lassen" (St. B. S. 3203 f., vgl. S. 1272, 1395). Noch beachtenswerther sind aber die Ausführungen der hamburger Sachverständigen: Ein Ehrengericht passe für Offiziere, Beamte, Aerzte, Anwälte, überhaupt für gleichmäßige Elemente. „Bei der Börse, da ist der Kreis ein sehr großer, und die Differenzen an Bildung, Erziehung, an äußeren Verhältnissen ist außerordentlich. Sie finden unter den Börsenbesuchern Leute von vollendetster Bildung, vollständigem Takt, vom feinsten Ehrgefühl, und Sie finden Leute, die auch Kaufleute sind, die kaum ihren Namen schreiben können und deren ganzer Bildungsstand nicht viel höher steht" (S. 2609, vgl. S. 2099). Die entgegengesetzte Meinung, es gebe auch für den Kaufmannstand einen gewissen Ehrenkodex, dem ein Jeder unterworfen sein könne (St. B. S. 1276), setzt eben die Zulassung nur von Kaufleuten und nur von ehrenhaften Kaufleuten voraus. Auch der eifrigste Vertheidiger der Börsenehre stellte nur auf, die *edleren* Elemente des Kaufmannsstands seien sich bewußt, daß ein anständiger Mann engere Grenzen zu ziehen habe, als das Strafgesetzbuch sie gewähre (St. B. S. 2988). Legt der Disziplinarhof bei Börsen, welche die Zulassung nicht an die Eigenschaft eines ehrenwerthen Geschäftsmanns knüpfen, den Maßstab eines solchen an, so muß der Betroffene dies als Ungerechtigkeit empfinden. Läßt der Disziplinarhof sich dagegen bei seinem Spruche von der Erwägung leiten, daß, wenn einmal unterwerthige Personen zugelassen werden, sie auch nach ihrem Werthe weiter zu beurtheilen sind, so wird die Befürchtung eines Sachverständigen verwirklicht sein: „Während man jetzt auf die Börse schimpft, würde man auf den Ehrengerichtshof schimpfen" (St. B. S. 3203). Geschlossene Börse und Börsenehre sind Begriffe, welche sich wechselseitig bedingen. Wird von Reichswegen nicht die Beschränkung der Zulassung auf ehrenwerthe Geschäftsleute, unter geeigneten Vorbeugungsmaßregeln, bestimmt, so kann auch nicht von Reichswegen von den Zugelassenen die Beobachtung des Verhaltens ehrenwerther Geschäftsleute ver-

Digitized by Google

langt werden. Der in dem Berichte gemachte Versuch, zwischen einem Ehrengericht und einem Disziplinargerichtshof zu unterscheiden, ist verfehlt. Denn soll nach den Vorschlägen der Kommission der Disziplinarhof bei Verletzung der kaufmännischen Ehre, bei Handlungen, welche der Achtung der Standesgenossen verlustig machen, einschreiten und je nach dem Befund Ehrenerklärungen abgeben, so ist er eben ein kaufmännisches Ehrengericht.

Im Einzelnen wird zunächst sachgemäß für das Reichsbörsengesetz vorgeschlagen:

> **4. Börsendisziplin. a) Im Allgemeinen.** Die mit der unmittelbaren Aufsicht über die Börse betrauten Organe üben die Disziplinargewalt in derselben. Sie sind befugt und verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung und des Geschäftsverkehrs in der Börse nöthigen Anordnungen zu erlassen.

Es wird dies auf die gewöhnlichen kleinen Ausschreitungen, wie Lärmen und sonst unanständiges Benehmen, Verweilen über die Börsenzeit hinaus, Ungehorsam gegen die Aufsichtsbeamten 2c. zu beziehen sein.

Alsdann ist die grundlegende Bestimmung für das Reichsbörsengesetz gegeben:

> **b) Zuständigkeit des Börsendisziplinarhofs.** Bei jeder Börse ist ein Disziplinarhof zu errichten, vor welchem Börsenbesucher, welche durch ihr Verhalten an der Börse oder bei Ausübung ihres Geschäftsbetriebes die kaufmännische Ehre verletzen oder sich Handlungen zu Schulden kommen lassen, welche sie der Achtung ihrer Standesgenossen berauben, zur Verantwortung zu ziehen sind.

Die formell unschöne Vorschrift mit ihren drei Relativsätzen hat ihren Schwerpunkt in den Worten „oder bei Ausübung ihres Geschäftsbetriebes". Nicht nur das Verhalten an der Börse, sondern das gesammte geschäftliche Gebahren ist der Börsendisziplin unterworfen. Mit Recht sucht der Vorschlag den Börsenbesucher zu bannen, welcher nach der Schilderung eines Sachverständigen „seine Geschäfte in der Weise zu machen gewohnt ist, daß er auf der einen Seite das Strafgesetz- und auf der anderen Seite das Handelsgesetzbuch hat, und der sich nicht scheut, wider Treu und Glauben

Digitized by Google

zu handeln, der sozusagen das Zuchthaus mit dem Aermel streift, aber schlau genug ist, die äußerste Grenze nicht zu überschreiten (St. B. S. 1824). Nach dem Bericht kann andererseits „selbstverständlich nicht davon die Rede sein . . ., Börsenbesucher wegen Handlungen vor dem Disziplinarhof zur Verantwortung zu ziehen, die mit der Ausübung ihres Geschäftsbetriebes nicht in Verbindung stehen". Warum ist das so selbstverständlich? Bedürfen denn Personen, welche von ihren Standesgenossen, gleichviel aus welchen Gründen, für unehrenwerth befunden werden, durchaus des Schutzes? Es ist als Beispiel angeführt worden, daß ein wegen Unredlichkeit mit 6 Jahren Gefängniß bestrafter Kassirer alsbald wieder in die Börse gekommen ist. Kann man sagen, daß derselbe bei Ausübung seines Geschäftsbetriebs gefehlt hat, als er die Kasse bestahl? Und, dies selbst zugegeben, ist er etwa vertrauenswerther, wenn er außergeschäftlich zum Diebe wurde? Auch die Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte, welche von der Börse ausschließen soll, hat an sich mit dem Geschäftsbetriebe Nichts zu schaffen. Nach Mittheilungen von der frankfurter Börse wird dort ausgeschlossen, wer u. A. wegen Betrugs, Fälschung, Meineids, Diebstahls 2c. rechtskräftig bestraft ist (St. B. S. 1824, Die hauptsächlichsten Börsen 2c. S. 24). Die Kommission ist sich aber auch selbst untreu geworden. Denn nach ihrem Vorschlage haben die Gewährsmänner zu versichern, daß sie den Aufzunehmenden für einen Mann halten, welcher der Aufnahme in die Börse und der Achtung seiner Berufsgenossen würdig ist. Hier betont die Kommission, der Gewährsmann werde durch diese Erklärung verpflichtet, sich über die persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse des Bewerbers eingehend zu erkundigen. Genügt also der Gewährsmann seiner Pflicht, so kommt nur in die Börse, wer geschäftlich und außergeschäftlich sich als vertrauenswerth bewiesen hat. Die mindeste Konsequenz wäre, das Disziplinarverfahren eintreten zu lassen, wenn der Aufgenommene sich durch sein späteres Verhalten als der Belassung in der Börse und der Achtung seiner Berufsgenossen unwürdig erweist. Schließlich muß es ein gemeinsames Prinzip sein, welches die Einzelvorschläge beherrscht.

Die Kommission hat eine Anzahl von Handlungen als disziplinarisch zu ahndende besonders ausgezeichnet. Von den für diese

Digitized by Google

Aufzählung gegebenen Gründen sind diejenigen annehmbar, daß hierdurch die Tragweite der über die Zuständigkeit des Disziplinarhofs gefaßten Beschlüsse klargestellt und vor den vorzugsweise in Betracht kommenden Verfehlungen gewarnt wird. Aber gerade deshalb gehören diese Vorschriften in das Börsengesetz und nicht, wie vorgeschlagen ist, in die Börsenordnungen, deren Inhalt dem Belieben der Landesregierungen anheimfällt. Den Letzteren mag es überlassen bleiben, nach den besonderen Verhältnissen der einzelnen Börsen noch andere strafbare Handlungen hervorzuheben. Der Antrag v. Cuny, welcher diese Bestimmungen dem Börsengesetz einverleiben wollte, wurde trotzdem mit 11 gegen 8 Stimmen abgelehnt (Prot. S. 375).

Im Einzelnen lauten die Vorschläge für die Börsenordnungen:

> **c) Als zu ahndende Handlungen sind insbesondere anzusehen:** 1. Arglistige Beeinflussung der Kurse oder Preise, insbesondere durch Scheingeschäfte, Abschiebungen, Unter-der-Hand-Regulirungen und durch Verbreitung falscher Gerüchte.

Nicht zu beanstanden ist diese Bestimmung hinsichtlich der Scheingeschäfte und der Verbreitung falscher Gerüchte. Bedenklich ist der übrige Inhalt der Vorschrift. Der Bericht sagt: „Selbstverständlich kann es keinem Kaufmann verwehrt werden, Waaren, die an einem Orte überreichlich vorhanden sind und demgemäß an demselben den Preis drücken, auch zu einem billigeren Preise nach mehr oder minder entfernten Gegenden zu verkaufen, um den Ort, an dem die Waaren früher lagerten, von denselben zu entlasten und somit die Preise daselbst zu steigern. Ebensowenig kann es vom Standpunkte der kaufmännischen Moral im mindesten beanstandet werden, wenn Kontrahenten vor Ablauf des Termins für die Lieferung ihre Engagements auf dem Wege der freien und unter den Parteien geheimgehaltenen Vereinbarung unter anderen Bedingungen, als sie dem derzeitigen Werthstande der betreffenden Waaren entsprechen, lösen. Einen anderen Charakter nehmen diese Handlungen aber an, wenn sie eine arglistige Beeinflussung der an den Stichtagen zur Notirung gelangenden Preise bezwecken" ꝛc. (S. 22). Aber diese Ausführungen, deren Spitze dahin geht, daß Verträge gehindert werden sollen, durch welche die Verpflichtung übernommen wird, am Stichtage nicht zu kaufen, zu verkaufen oder zu liefern, sind

Digitized by Google

aus dem Vorschlage schwerlich abzuleiten. Auch die von der Begründung gebilligten Maßnahmen steigern oder halten die Preise. Dies ist gerade ihr Zweck. Der Begriff der Arglist läßt sich hier ohne Mühe anwenden. Wer solche Geschäfte macht, gebraucht einen Kunstgriff, dessen Einfluß auf die Bewerthung des Guts ihm wohl bewußt ist, und er weiß auch, daß seine Handlungsweise die an einer anderen Bewerthung interessirten Personen schädigt. Hält man insbesondere das Verfahren der Kohlen-, Koaks-, Kaliwerke 2c., welche nach auswärts billig verkaufen, um am eigentlichen Markte die Preise zu halten oder zu schrauben, für unanständig, so mag das gelten. Wird aber dies Verfahren, wenn auch nur „vom Standpunkte der kaufmännischen Moral" gebilligt, dann muß die Bestimmung fallen oder völlig umgestaltet werden (vgl. dazu Prot. S. 425 f.).

Weiter ist bedroht:

> 2. Die Gewährung und Annahme von Geschenken in der Absicht, Aeußerungen in der Presse zu Gunsten oder zum Nachtheil gewisser Unternehmungen herbeizuführen oder zu unterdrücken.

Die Verfolgung der Annahme von Geschenken kann nur auf die Mitglieder der Presse bezogen werden. Damit ist der wichtige Grundsatz aufgestellt, welcher sich aus der allgemeinen Bestimmung über den Disziplinarhof kaum entnehmen läßt, daß auch die zum Besuche der Börse zugelassenen Berichterstatter der Börsendisziplin unterliegen. Der Bericht läßt darüber keinen Zweifel (S. 23). Ueber die Preßbeeinflussungen ist von den Sachverständigen außerordentlich viel vorgebracht worden. Es handelt sich hier um einen argen Schaden, welchen der Kommissionsvorschlag schwerlich heilen kann. Verhältnißmäßig harmlos sind die Reklameblätter, welche von Spekulanten selbst herausgegeben werden und von einem Sondervorschlag (unten S. 311) betroffen sind. Schlimmer steht es um die Bestechung anscheinend unabhängiger Zeitungen und ihrer Mitarbeiter. Die Form der „Betheiligung", bei welcher ein Bankhaus dem Berichterstatter die Differenz aus angeblich für ihn besorgten Käufen und Verkäufen neuer Aktien 2c. übersendet (St. B. S. 265, 581, 1864, 1866, 1867 f.), enthält immerhin eine gewisse Schonung des Ehrgefühls. „Manchmal", so wurde in einem bekannten Prozeß

Digitized by Google

ausgesagt, „wird die Sache noch einfacher gemacht“ (St. B. S. 265, 748 f., 899). Es ist ganz offen von den Halbjahrgratifikationen der Banken für die Presse, von dem inhaltreichen Danke der Gesellschaften, der Regierungen und Eisenbahnen für das dem Geschäfte erwiesene Wohlwollen gesprochen worden (St. B. S. 1864, 1866). Zeitungsunternehmer werden durch umfangreiche Inserate zu Empfehlungen neuer Unternehmungen veranlaßt (St. B. S. 750). Gehen die Inserate nicht von selbst ein, so wird aus anderen Zeitungen nachgedruckt und von dem Emissionshause Bezahlung verlangt (St. B. S. 582). Wenn das betreffende Bankhaus es ablehnt, die Inserate zu geben oder zu bezahlen, so nimmt das Blatt eine entsprechende Haltung an (St. B. S. 578, 750 f., 1294). Selbst die unmittelbarste Beeinflussung wird nicht etwa nur von kleinen Häusern, sondern von Weltfirmen betrieben (St. B. S. 1864, 1867). Die Ansicht Schmoller's, daß es sich hier im Vergleiche zu Frankreich nur um unerheblichere Summen, 6000 bis 30 000 Franks für eine Emission handle (St. B. S. 750), scheint nicht zuzutreffen. Wenigstens ist in einem namentlich bezeichneten Falle in Berlin der Betrag von 100 000 Mark für Preßzwecke bewilligt worden (St. B. S. 1866).

Die Preßbestechungen haben neuerlich in Frankreich zu bekannten Strafvorschlägen geführt. In der That ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde hierbei vor der Presse so ängstlich Halt gemacht wird. Bereits die Androhung krimineller Strafe gegen Denjenigen, welcher in öffentlichen Bekanntmachungen wissentlich falsche Thatsachen vorspiegelt oder wahre Thatsachen entstellt, um zum Erwerb oder zur Veräußerung von Werthpapieren zu bestimmen (vgl. den völlig unzureichenden Artikel 249d Ziffer 1 H.-G.-B.), könnte die Presse treffen. Aber auch eine weitergehende kriminelle Bestrafung nur wegen Preßbestechung wird sich rechtfertigen lassen. Damit würde, weit über den engeren Kreis der Börse hinaus, auf eine Gesundung hingewirkt. Der Presse gebührt, zu ihren Gunsten und zu ihren Lasten, eine Ausnahmestellung. Sie ist berufen, öffentliche Angelegenheiten wahrzunehmen. Der mit der Oeffentlichkeit eng verknüpfte Beruf muß besondere Rechte, aber auch besondere Pflichten geben. Wie das Recht, nach freier Ueberzeugung zu schreiben, in hohem Maße geschützt sein soll, so bedarf es auch des Schutzes gegen die Verletzung der diesem Recht entsprechenden Pflicht. Wer

Digitized by Google

eine Preßstimme kauft oder verkauft, sollte krimineller Strafe verfallen. Die Preßbestechung durch Zuweisung von Inseraten würde durch eine geeignete Fassung mit zu treffen sein. Von einem Sachverständigen wurde freilich bittere Klage geführt, daß von den Gerichten der Fachpresse nicht der Schutz des §. 193 St.-G.-B. zugestanden werde. Derselbe schlug eine Aenderung des Gesetzes vor, nach welcher auch tadelnde Urtheile über geschäftliche Unternehmungen grundsätzlich straflos sein und unter den in dem Gesetze gedachten straffreien Aeußerungen die Besprechung öffentlicher Leistungen oder Unternehmungen besonders hervorgehoben werden müßten (St. B. S. 1753 ff.). Demgegenüber wies ein Kommissionsmitglied darauf hin, wie Lasker bei der Berathung des §. 193 gerade ausgeführt hätte, man müsse der Presse ein möglichst ausgiebiges Feld lassen zur Kritik von geschäftlichen Unternehmungen, um dadurch das Publikum vor Schaden zu bewahren (St. B. S. 1758). In der That kann, gleichviel ob das geltende oder ein Zukunftsrecht in Betracht kommt, die Aufgabe der Presse nicht gründlicher verkannt werden, als in dem Ausspruche des Reichsgerichts: „Ein allgemeines Recht der Tagespresse, vermeintliche Uebelstände öffentlich zu rügen, . . . existirt nicht" (Entsch. in Straff. Bd. 5 S. 240).

Nicht ausgeschlossen erscheint es auch, durch anderweite Maßnahmen besondern Mißständen zu begegnen, über welche die Sachverständigenaussagen — freilich nicht der zu ihrer Zusammenfassung bestimmte Bericht — Auskunft geben. Von Seiten der Presse selbst wurde es schwer beklagt, daß den Zeitungen Börsenmittheilungen zugingen, für welche Niemand verantwortlich wäre. Ein Sachverständiger gab dem Wunsch Ausdruck, daß die Berichte von den betheiligten Gesellschaften und Emissionshäusern erstattet würden und daß alsdann deren Veröffentlichung in einer die Verantwortlichkeit der betreffenden Stelle kennzeichnenden Weise erfolgte (St. B. S. 1025). Ergänzend schlug er hierbei die Einführung einer civilrechtlichen Haftung des Verlegers für Preßstimmen über Börsenwerthe vor, sofern es sich nicht um die durch die Verantwortung der Betheiligten gedeckten Mittheilungen handelte. Auch von einem anderen Mitgliede der Presse wurde der Hinweis des Publikums darauf, daß die Nachrichten aus Verwaltungskreisen herrührten, für zuträglich erachtet (St. B. S. 1852). Ein dritter Preßvertreter bezeichnete es als Thatsache, daß von den Betheiligten bei Anfragen über beabsichtigte

Digitized by Google

Vornahmen den Berichterstattern fast stets nicht etwa die Auskunft verweigert, sondern mit einer Unwahrheit geantwortet würde (St. B. S. 1869). Mehrfach gelangten die großen Mißstände zur Sprache, welche sich aus der willkürlichen Versorgung der Presse mit Nachrichten ergeben: Solle eine Finanzoperation durchgeführt werden, so würden die Zeitungen mit einer Nachrichtenfülle überschüttet, deren sie sich nicht erwehren könnten. Alles, was man bei Emissionen im Prospekt nicht sagen, wodurch man aber auf das Publikum wirken wolle, werde nebenher in redaktionellen Notizen veröffentlicht. Sobald das Geschäft dann gemacht und das Interesse des betreffenden Hauses erloschen sei, erlange man kaum eine Nachricht. Je nach den obwaltenden Interessen würden über die Ergebnisse des Unternehmens bald Wochen-, bald Monats-, bald gar keine Ausweise mehr geboten (St. B. S. 1869 f., 1871 f., 1873, 1874 f.). Eine Beseitigung der Mängel wurde von der Börsenbehörde insofern erhofft, als dieselbe die weitere Emissionsthätigkeit einer Firma sperren könnte, welche über ihre Operationen böslich Auskunft weigerte und über die von ihr herausgebrachten Papiere nur nach Willkür öffentliche Nachricht gäbe. Die Emissionshäuser und die Gesellschaften, um deren Papiere es sich handelte, sollten bei der Zulassung der letzteren zur Börse verpflichtet werden, gewisse in Normativbestimmungen festgesetzte Publikationen an das Publikum gelangen zu lassen. Diese Notizen müßten in dem Umfange, wie es nach den Normativbestimmungen verlangt werde, von Zeit zu Zeit periodisch in vorgeschriebenen Fristen durch den Reichsanzeiger und Aushang an der Börse zur allgemeinen Kenntniß gelangen (St. B. S. 1871, 1874, 1876). Noch einschneidender war ein Vorschlag, es könnte gegen eine Gesellschaft, welche absichtlich die zur richtigen Beurtheilung der Börse und ihrer Entwickelung nothwendigen Informationen vorenthielte, durch Streichen ihrer Aktien vom Kurszettel und Verbot des Zeithandels in denselben vorgegangen werden (St. B. S. 1875). Von einem der Effektenbörse angehörenden Sachverständigen wurde insbesondere vorgeschlagen: Es könnten die Börsenkursblätter mit einer größeren Fülle von rein sachlichem Material ausgestattet und zu billigem Preise dem Publikum in weitgehendem Maße zugänglich gemacht, auch den Zeitungen beigelegt werden. Hierdurch würde eine solche Fülle von objektiven Nachrichten gegeben werden, daß das Publikum sich unterrichten könnte und der Druck der Presse auf

Digitized by Google

die Emissionshäuser aufhören müßte (St. B. S. 1551, 1711). Zur Verhütung des Inseratenzwangs wurde wiederum von Schmoller auf Lassalle's Vorschlag hingewiesen, die Inserate nicht an bestimmte Organe, bei welchen Mißbrauch stattfände, sondern nur an eine einzige öffentliche Zeitung, wie den Reichsanzeiger, zu geben und Privatzeitungen derartige Insertionen zu verbieten (St. B. S. 751). Andere Stimmen erklärten dagegen die den Emissionshäusern zugedachte Belastung für eine nicht zu rechtfertigende und betonten insbesondere hinsichtlich der Aktiengesellschaften, daß die Aktionäre selbst ihre Rechte in der Generalversammlung wahren sollten (St. B. S. 1872, 1873).

Durch diese Klagen und Vorschläge geht unverkennbar ein starker Zug nach verantwortlicher Oeffentlichkeit. Dieselben sind um so beachtenswerther, als sie fast ausschließlich von Vertretern der Presse herrühren, von welchen kaum anzunehmen ist, daß sie ihren Wirkungskreis besonders eng umschreiben wollen. In der That ist das Verlangen nach verstärkter Publizität der Vorgänge kein unbilliges. Suchen die Betheiligten den öffentlichen Markt, so dürfen sie auch das Licht der Oeffentlichkeit nicht scheuen. Das Aktiengesetz hat mit dem Gebote der Veröffentlichung der (jährlichen) Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung den rechten Weg gewiesen. In England, Frankreich, Belgien wird durch das Gebot einer Semestralbilanz dem Verlangen nach Aufklärung in kürzeren Zeitabschnitten Ausdruck gegeben (engl. comp. act 1862 s. 44, franz. Ges. v. 24. Juli 1867 Art. 34, belg. Ges. v. 18. Mai 1873 Art. 55). Die Zuweisung von Emissionsinseraten an ein einziges öffentliches Blatt, die Erzwingung periodischer Veröffentlichungen in diesem Blatt über den Stand des Unternehmens seitens der Betheiligten, bei inländischen Werthen seitens der betreffenden Verwaltung, bei ausländischen seitens des inländischen Emissionshauses, etwa mit Freigabe der Abwälzung auf die inländischen Zahlstellen — das sind gewiß erörterungsfähige Fragen. Sicherlich ist hier eine Verallgemeinerung unthunlich. Aber wie die leitenden Gesichtspunkte für die Einführung der einzelnen Klassen von Werthpapieren gefunden worden sind, so werden sich bei gutem Willen auch für die geplanten Veröffentlichungen Normativgrundsätze aufstellen lassen.

Der Bericht enthält an der Stelle, wo solche Erwägungen zu erwarten wären, einen fast leidenschaftlichen Aufruf an die Presse,

Digitized by Google

das Publikum zur Anlegung ihres Kapitals in inländischen sicheren Werthen zu veranlassen! Was dies bedeuten soll, ist nicht ersichtlich. Wird die Anregung beabsichtigt, daß gegen Berichterstatter disziplinarisch vorzugehen sei, welche sich gegenüber den Emissionen des Deutschen Reiches, der deutschen Bundesstaaten und Kommunen kritisch oder ablehnend verhalten, so wäre dies schroff zurückzuweisen. Ob es zweckmäßig ist, die Anlage in deutschen Fonds besonders zu empfehlen, fällt der persönlichen Ueberzeugung anheim. Vielleicht kann gerade der ehrlichste Berather die Anlage in schweizerischen, in holländischen ersten Werthen für noch besser erachten. Zudem stehen die Interessen des Reiches 2c. und des Publikums immerhin in dem Gegensatze, wie diejenigen von Gläubiger und Schuldner überhaupt. Im Interesse der Selbsterhaltung muß der Schuldner auf möglichst niedrige, der Gläubiger auf möglichst hohe Zinsen halten. Die Presse kann hier sehr wohl den Standpunkt wahren, daß ein Entgegenkommen des Staates nach den ihm gesetzten Aufgaben geboten ist und deshalb eine gewisse Klasse von Papieren, wie es bei den dreiprozentigen Anleihen geschehen ist, verwerfen. Die Betonung des Schutzes des Publikums in dem Bericht hat so einen etwas fiskalischen Klang. Um die ganze Tragweite der Ausführungen der Kommission zu ermessen, bedarf es aber noch des Hinweises auf einen anderweiten Vorschlag derselben:

> Es empfiehlt sich, daß an denjenigen Orten, an welchen durch das Bankgewerbe für die rechtschaffene Vermittelung der Kapitalsanlegung nicht ausreichend gesorgt ist, durch öffentliche Kassen (Sparkassen, Postanstalten) eine ergänzende Thätigkeit entwickelt werde.

Zu demselben wird an anderer Stelle, bei der Beurtheilung der Vorschläge für das Kommissionsgeschäft gehandelt werden.

Der Bericht gedenkt auch der Möglichkeit, außer gegen die Berichterstatter gegen die betreffende Zeitung selbst, oder deren leitende Organe vorzugehen. Er führt aus: Es bestehe ein Recht des Publikums, zu verlangen, daß die Zeitungsleiter ihre Börsenberichterstatter hinsichtlich ihrer Integrität dauernd kontrolirten und sie entsprechend günstig stellten. Komme eine Zeitung dieser Pflicht nicht nach, entsende sie vielmehr wiederholt bestechliche Berichterstatter, so solle die Börsenbehörde berechtigt und verpflichtet sein, den Vertretern solcher Zeitung den Börsenbesuch überhaupt zu versagen (oben S. 291).

Digitized by Google

Leider ist insoweit kein Vorschlag formulirt. Wie jetzt die Bestimmung über die Zulassung von Vertretern der Presse lautet, wird die Börsenbehörde kaum zu solchem, nur auf Aeußerungen des Berichts gestützten Verfahren schreiten. Bei den Vernehmungen wurde von dem Chef eines berliner Welthauses gesagt: „Wer jemals mit der Presse zu thun gehabt hat, der weiß, wie außerordentlich schwierig es sein würde, nach der Richtung hin ein verurtheilendes Verdikt zu fällen. Einmal ist von dem Aeltesten der Kaufmannschaft der Versuch gemacht worden, ein Blatt bezüglich der Gewährung der Börsenkarte zu maßregeln. Was hat es da für Vorwürfe gegeben!“ (St. B. S. 900).

Als disziplinarisch zu ahndende Handlung ist weiter bezeichnet:

3. Die Anwendung von Geschäftsbedingungen, welche gegen den kaufmännischen Anstand verstoßen.

Gedacht ist hierbei hauptsächlich an die Bankiers, welche für die Geschäftsausführung einen geringen Einschuß fordern, dadurch Kunden heranlocken, bei irgend erheblichen Kursschwankungen aber Nachschuß verlangen und bei Verzögerung zu Zwangsrealisationen schreiten. Die von der Kommission gegebene „Systematische Darstellung der Geschäftsbedingungen von 21 Bankfirmen“ läßt darüber keinen Zweifel, daß hier Mißbrauch mit der Vertragsfreiheit getrieben wird. In 16 Bedingungen wird es ganz in das Belieben des Bankiers gestellt, wann er Nachschuß fordern will; in 9 Bedingungen ist eine Frist zur Zahlung des Nachschusses nicht gewährt, vielmehr „sofortige“, „unverzügliche“ Zahlung, in 4 Bedingungen Zahlung „bis zum Beginne der nächsten Börse“, in anderen binnen der von der Firma gestellten Frist oder bis zum Beginne der am nächsten Werktage nach Abgang der Aufforderung stattfindenden Börse gefordert. Nur wenige Firmen gestatten 2—4 Tage Zeit. Kennzeichnend ist eine Bedingung dahin: „Für laufende Engagements, sei es aus Kassa- oder Zeitgeschäften, dürfen wir jederzeit uns genügend erscheinendes Unterpfand beziehungsweise Erhöhung desselben nach unserer Wahl durch eingeschriebenen Brief oder mündlich verlangen. Unsere Kommittenten sind verpflichtet, spätestens eine Stunde vor Beginn der nächsten auf die Absendung an die abgegebene Adresse oder auf die mündliche Erklärung der Aufforderung folgenden Börse dem gestellten Verlangen nachzukommen. Anderen-

Digitized by Google

falls steht uns das Recht zu, an dieser Börse die schwebenden Engagements nach unserer Wahl ganz oder theilweise durch bestmöglichen Abschluß mit Dritten oder durch Selbstübernahme zum Börsenkurs zu lösen." Mit Recht ist in der systematischen Darstellung bemerkt, daß derartige Geschäftsbedingungen die Kunden der Willkür des Bankiers preisgeben. Warum aber nach dem Ausspruche der Kommission „eine Bekämpfung der Handhabung von Klauseln in einer als wucherisch oder als offenbare Unbilligkeit zu bezeichnenden Weise nur in der Art als ausführbar . . (erachtet wird)', daß die Anwendung . . im Wege der Börsendisziplin geahndet wird", (Bericht S. 163 f.), ist nicht ersichtlich. Auf den verschiedensten Gebieten, so namentlich demjenigen des Versicherungswesens (Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. 1 S. 82 f.), mehren sich die Stimmen, welche eine Beschränkung der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen den Großen und den Kleinen fordern. Auch in dem Getriebe des Börsenwesens steht der Bankier mit seiner Kapitalkraft, seiner Kenntniß des Marktes und der Technik dem Kunden als der sozial Stärkere gegenüber. Auch hier müßte die Gesetzgebung eingreifen. Schon eine Bestimmung dahin, daß bei Vermeidung der Ungültigkeit der betreffenden Bedingung schriftlich vereinbart sein muß, bei welcher Kurssteigerung oder -herabsetzung des verkauften oder gekauften Papiers die Nachschußpflicht beginnt, und welche gesetzlich durch ein Mindestmaß zu begrenzende Frist zur Nachschußleistung besteht, würde einigermaßen helfen.

Eine fernere Ahndung ist vorgesehen für

4. Das Verhalten eines Emittenten, welches aus den unter II Nr. 8 aufgeführten Gründen seine Schadensersatzpflicht begründet (worüber bei Besprechung des Emissionswesens gehandelt werden soll).

5. Anreizungen zu Börsenspekulationen, welche außerhalb des Geschäftsbetriebes des Angereizten liegen, falls sie in einer des ehrbaren Kaufmanns unwürdigen Weise erfolgen, gleichviel ob die Anreizung durch den Anreizenden persönlich oder durch Agenten, Briefe, Anzeigen, Reklamen in öffentlichen Blättern oder dergleichen erfolgt.

Gegen das schädliche Reklamewesen ist die Thätigkeit eines Disziplinarhofs schwerlich ausreichend. Bei der Sachverständigenver-

Digitized by Google

nehmung wurden die bekannten Mißstände hervorgehoben: Die unlautere Verquickung von Bankgeschäft und Zeitungsverlag (St. B. S. 1852, 1858); die zahlreichen Aufforderungen in Annoncen und Cirkularen zu Geschäften mit beschränktem Risiko und unbeschränktem Gewinn (St. B. S. 267, S. 1400, 1710, 1862, 3600); die Inserate, welche zum Kauf oder Verkauf von Bank-, Kohlen-, Cementaktien, oder von einzeln bezeichneten Werthpapieren auffordern (St. B. S. 265, 267, 1851, 1861, 2032 f.); die entsprechenden Depeschen an kleinere Geschäftsleute (St. B. S. 1838, 1847, 1848, 2054); die Zusendung von Büchern und Brochuren mit Anleitung zum Börsenspiel (St. B. S. 1860, S. 2989); der Aushang von Kursen an den Fenstern der Bankgeschäfte mit Empfehlung des Telephons zur Börse (St. B. S. 268, S. 1862) ꝛc. Es kam zur Sprache, daß ein unter Anklage gestellter Bankier nicht weniger als 130 000 *M.* jährlich für Annoncen verausgabt hatte (St. B. S. 271). Der namenlosen Reklame vermag ein Börsendisziplinarhof überhaupt nicht zu begegnen. Denn selbst bei Ausdehnung seiner Machtsphäre auf die Börsenberichterstatter kann er diesen keine Schuld an den Inseraten beimessen, ganz abgesehen davon, daß die Ziffer 5 nur den „unehrbaren Kaufmann" trifft. Auch ist nicht abzusehen, ob nicht bei der diskretionären Gewalt des Disziplinarhofs die sonst im Allgemeinen freie Reklame mit Milde betrachtet wird, wie dies bereits bei den Verhandlungen deutlich hervorgetreten ist. Hier kann nur eine Beschränkung des Reklamewesens Abhilfe schaffen. Einigermaßen greift hier die mit civilrechtlichen Folgen verknüpfte Strafbestimmung gegen denjenigen ein, welcher in gewinnsüchtiger Absicht unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen denselben in Bezug auf Börsenpapiere zum Abschluß von Geschäften verleitet (worüber später zu handeln ist). Aber auch die Anreizung zur Börsenspekulation an sich durch Rundschreiben, Anzeigen könnte sehr wohl bei strafrechtlicher Ahndung verboten werden. Selbst bei sehr allgemeiner Fassung würde die Rechtsprechung der Gerichte den Begriff so gut feststellen können, wie diejenige des Disziplinarhofes dies ja soll (vgl. St. B. S. 1860). Etwas Unerhörtes ist solche Beschränkung auch in Bezug auf die Presse nicht. Schon gegenwärtig wird das Anpreisen von Arznei- und Geheimmitteln von den Strafgerichten verfolgt, und zwar durchaus nicht zaghaft. In den letzten zwei Bänden des Jahrbuchs für Entscheidungen des Kammergerichts

Digitized by Google

(11 und 12) sind allein 13 einschlägige Entscheidungen der höchsten Instanz veröffentlicht. Weiter sind nach den §§. 2, 3 des preußischen Gesetzes vom 29. Juli 1885 diejenigen strafbar, welche in preußischen Zeitungen Inserate zur Beförderung des Spieles in außerpreußischen Lotterien oder Gewinnergebnisse von solchen Lotterien veröffentlichen (vgl. Delius, Erläuterung zu diesem Gesetze S. 23 ff.). Auch aus Anlaß der Bekämpfung der unredlichen Konkurrenz sind ähnliche Strafvorschriften in Aussicht genommen (St. B. S. 580 f.). Mit Recht konnte G. Cohn bemerken, daß es sich hier nur um ein Fortführen der Linie handeln würde, welche das positive Recht bereits bedeckt. Daß gegen Reklamen durch Rundschreiben aus dem Auslande kein Schutz gewährt werden kann (St. B. S. 271), schließt den Schutz wenigstens gegen die inländische Reklame nicht aus. Dem Einwande, daß der Inseratentheil von dem redaktionellen Theil ganz getrennt ist, (St. B. S. 1863), steht der Hinweis auf die Einsetzung eines verantwortlichen Redakteurs für den Inseratentheil entgegen. Die Verdrängung der Inserate in den redaktionellen Theile ist dann nicht zu befürchten, wenn die Preßbestechung unter Strafe gestellt wird. Denn unentgeltlich wird die redaktionelle Reklame nicht gemacht werden. Es ist sehr zu beachten, daß gerade wieder Vertreter der Presse einer Einschränkung des Reklamewesens das Wort geredet haben (St. B. S. 1859, 1868). Eine Ausnahmegesetzgebung würde durch dergleichen Vorschriften gewiß geschaffen. Aber um eine solche handelt es sich bei der Börsengesetzgebung überhaupt. Für die Fondsbörse in London, gewiß einer Stadt der Reklame, ist ausgesprochen, daß kein Börsenmitglied Cirkulare verbreiten oder sonstige Reklame machen darf, und daß brokers oder Agenten, welche dies doch thun, als in keiner Weise irgendwie zur Londoner Börse gehörig zu betrachten sind. Kein Mitglied der Fondsbörse in Chicago darf bei 50 $ Strafe für den ersten und bei Vermeidung der Suspension für den folgenden Fall auf an der Börse gehandelte bonds oder stocks durch Cirkulare, Zeitungen oder sonst aufmerksam machen, ausgenommen bei Anleihen der Regierung oder besonderer, an bestimmte Voraussetzungen geknüpfter Erlaubniß eines Börsenausschusses, des Stock List committee. (Die hauptsächlichsten Börsen 2c. S. 72, 117). Zur Bekämpfung des unerhörten Unwesens der Agenten und Remisiers, welche zu Spekulationen in Effekten, Getreide, Kaffee, Zucker verführen (z. B. St. B. S. 1469 f., 1576, 1619, 1621 ff., 2101 f.,

Digitized by Google

2253, 2318 f., 3166, 3313 f., 3319 f.), ist der erwähnte Strafvorschlag und das in Aussicht genommene Register für Termingeschäfte in Waaren mit bestimmt. Es sind dies die nämlichen Geschäftsleute, „rompus à ces sortes d'affaires et dépourvus de scrupules", deren verheerende Wirkung unter der Bevölkerung der französische Deputirte Royer bei der Berathung des am 23./26. Januar 1893 angenommenen Gesetzes zur Verhütung der Mißbräuche beim Handel mit Werthpapieren außerhalb der Börse anschaulich darlegte (Die hauptsächlichsten Börsen ꝛc. S. 158 f.).

Mit disziplinarischer Ahndung ist weiter bedroht:

6. Der Abschluß von Börsengeschäften mit Handelsangestellten und Personen, die im Handelsgewerbe Gesindedienste verrichten, ohne Genehmigung der Prinzipale, desgleichen mit Kassenbeamten öffentlicher Behörden ohne Genehmigung der Dienstbehörde, bei Kenntniß dieser Stellungen seitens des Abschließenden und bei Mangel besonderer Gründe für den guten Glauben, daß die Geschäfte in den Kreis der durch die Verwaltung eigenen Vermögens der Betreffenden oder ihrer Angehörigen erforderten fallen.

7. Der Abschluß von Börsenspekulationsgeschäften mit Personen in unselbständiger oder dürftiger wirthschaftlicher Lage, oder mit Personen, deren Geschäftsbetrieb solche Abschlüsse nicht gewöhnlich mit sich bringt, in einem Umfange, der in auffälligem Mißverhältniß zu ihrer wirthschaftlichen Lage steht, wenn diese Umstände dem Abschließenden bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten.

Die Aufnahme dieser Bestimmungen ist immerhin kennzeichnend für den Wandel der Anschauungen. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, welche die Handelsgeschäfte der Prokuristen, Handlungsgehülfen, Gesellschafter und Vorstandsmitglieder einschränken (Art. 56, 59, 96, 97, 196a, 232), sind zur Sicherung der wirthschaftlich Starken gegen den Wettbewerb erlassen. Auf diesem Boden stehen auch die von zahlreichen Firmen in Berlin und Frankfurt a./M. eingegangenen Verpflichtungen, mit einem Bankhause, welches Aufträge von Angestellten eines anderen Bankhauses ohne Benachrichtigung desselben annimmt, keine Geschäfte zu machen und die

Digitized by Google

Sache der Börsenbehörde anzuzeigen (St. B. S. 129 f., 562, 1209, 1967, 1970). Der hierbei eingehaltene Standpunkt wird in den Bedingungen großer Bankfirmen gewahrt, welche fordern, daß ihre Angestellten nur durch die eigene Firma Geschäfte machen, und dafür Spesenfreiheit gewähren (St. B. S. 479, 817, 1213, 1972). Anders wollen die Vorschläge der Kommission gerade die wirthschaftlich Schwachen vor dem Untergange bewahren. Sie finden ihre Ergänzung in den später zu erörternden Normen über das Börsenspiel, nach denen die Verleitung zu und der Abschluß von Geschäften über Börsenpapiere dann unter Kriminalstrafe und Nichtigkeit gestellt ist, wenn der Umfang der Geschäfte die wirthschaftliche Existenz des Verleiteten oder Gegenkontrahenten gefährdet. Abgelehnt ist die Befürwortung von Vorschriften, um Börsenspekulationsgeschäfte (oder Geschäfte über an Börsen gehandelte Gegenstände), sofern der eine Theil ein Handelsangestellter ist, für ungültig zu erklären oder den Abschluß solcher Geschäfte für den die Stellung kennenden Gegenkontrahenten in Kriminalstrafe zu nehmen (Bericht S. 146). Hierbei ist erwogen worden, daß unter die Kategorie der Handelsangestellten doch auch, soweit es sich namentlich um Prokuristen, Generaldirektoren bei sehr großen Unternehmungen handle, Leute von größter Reife des Urtheils, umfassenden eigenem Vermögen und hohem Ansehen fielen, und daß auch ein Handelsangestellter die dringendste und gerechteste Veranlassung zum Abschluß von Geschäften über Werthpapiere in einer der Gegenpartei erkennbaren Art haben könne. Es fragt sich, ob die hiernach in Aussicht genommene Regelung alle Fälle trifft. Bei den Vernehmungen haben Sachverständige namentlich über das Spekuliren der Bankdirektoren Klage geführt. Ein Gutachter von der frankfurter Fondsbörse berief sich darauf, „daß notorisch bei allen denjenigen Aktieninstituten, die in schwere Schwulitäten oder in Bankerott gerathen sind, das Bestehen bedeutender Spekulationskonti von Seiten der betreffenden Direktoren einer der wesentlichen Nebenumstände war, der aber beinahe typisch sich wiederholt hat“ (St. B. S. 1616, vgl. S. 483, 1614). Nach der wiedergegebenen Begründung des Kommissionsbeschlusses scheint gemeint worden zu sein, daß die Vorsteher der Aktiengesellschaften als Handelsangestellte zu betrachten sind. Sonst ist für diese Gesellschaften immer angenommen worden, daß die Vorstandsmitglieder als Träger der Prinzipalschaft in einem Gegensatze wenigstens zu

Digitized by Google

den Handlungsgehülfen stehen. Werden sie dem weiteren Begriffe der Handelsangestellten unterworfen, so ist unklar, wer hier als Prinzipal die Erlaubniß ertheilen soll. Nur für Konkurrenzgeschäfte der Vorstandsmitglieder sieht das Gesetz die Genehmigung der Generalversammlung oder, bei Delegation, des Aufsichtsrathes vor (Art. 232 mit Art. 96, 97, 196a H.-G.-B.). Allerdings ist hier zu berücksichtigen, daß gerade bei Bankdirektoren die Erläuterung in Betracht kommt, nach welchem auch der Erwerb und die Veräußerung von Börseneffekten, wenn spekulativ betrieben, Konkurrenzhandel sein kann. Immerhin ist die bei den Vernehmungen von Wiener geäußerte Ansicht, bei den Direktoren sei unter der Genehmigung des Prinzipals diejenige des Aufsichtsraths zu verstehen (St. B. S. 1616), recht bedenklich. Würde durch das strenge Erforderniß einer Genehmigung der Generalversammlung oder des hiermit beauftragten Aufsichtsraths für den Abschluß von Börsengeschäften mit den Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften das Spekuliren der Direktoren fast ausgeschlossen, so wäre dies nicht zu beklagen. Der erwähnte Gutachter sagte nicht mit Unrecht hinsichtlich solcher Spekulationen: „Ich sehe nicht ein, warum der Vorstand eines Aktieninstituts . ., der meistens auf einen bedeutenden Gehalt und eine hohe Tantieme gestellt ist, nicht auf einen solchen Nebenverdienst im Interesse der Stellung und der Autorität verzichten soll" (St. B. S. 1614). Werden die Vorstandsmitglieder nicht zu den Handelsangestellten gerechnet, so klafft hier an wesentlicher Stelle eine Lücke. Denn unter die wirthschaftlich Schwachen werden sich die Direktoren doch nicht bringen lassen. Es wurden Fälle besprochen, „in denen in einem bestimmten Institut von oben herunter die Parole zur Spekulation in bestimmter Richtung ausgegeben wurde und in denen dann vom Direktor bis zum untersten Ausläufer herunter das ganze Personal in dieser Richtung mit größeren oder kleineren Beträgen operirt hat" (St. B. S. 1617). Hier erweist sich die Unzuträglichkeit einer Anschauung, bei welcher nur der Schutz des besonderen, wirthschaftlich schwachen Gegenkontrahenten in das Auge gefaßt, die Bewahrung der Allgemeinheit vor Schaden aber außer Acht gelassen wird. Dem Unfug, daß die Handelsangestellten mit ihrem eigenem Hause spekuliren, würde allerdings der zu 7 gegebene Vorschlag und die in Aussicht genommene kriminelle Bestrafung der Verleitung zu und des Abschlusses von Geschäften

Digitized by Google

über Börsenpapiere einigermaßen Abbruch thun. Es handelt sich hier überall um Vorkommnisse von wesentlicher Bedeutung. Ein angesehenes Mitglied der berliner Fondsbörse bemerkte: „Ich glaube, daß das Spekuliren der Angestellten an der Berliner Börse speziell ein großer und notorischer Mißstand ist . . . und daß irgend eine Maßregel, die dem entgegentritt, sei es gesetzlich, sei es ehrengerichtlich, außerordentlich zu begrüßen sein würde" (St. B. S. 1971). Zu beachten ist, daß nach den Vorschlägen über die Zulassung zur Börse Handlungsgehülfen an der Börse nur Geschäfte auf den Namen ihres Prinzipals und für denselben abschließen dürfen (oben S. 292). Eine civilistische Rechtsfolge bei Uebertretung des Verbots ist trotz dieser Fassung wohl nicht beabsichtigt. Vielmehr wird auch das verbotswidrig geschlossene Geschäft gültig bleiben, unbeschadet der Art. 56, 59 H. G. B.

Der endlich mit disziplinarischer Verfolgung bedrohte Fall:

> 8. Die wiederholte Benutzung unkontraktlicher Waare zur Kündigung, wenn der Kündigende wußte oder den Umständen nach wissen mußte, daß die Waare den an die lieferungsfähige Qualität zu stellenden Anforderungen nicht entspricht; desgleichen alle Kündigungen ohne vorhandene Waare sowie alle Scheinkündigungen

kann erst im Zusammenhange mit den Vorschlägen über Lieferungsqualität und Kündigungswesen Besprechung finden.

Die Handhabung der Börsendisziplin ist selbstverständlich auch für die deutschen Börsen nicht von der Enquete-Kommission erfunden worden. Schon gegenwärtig sind namentlich in Berlin die Aeltesten wegen Zahlungsunfähigkeit, Besuchs der Börse für derselben fremde Zwecke, Störungen des Börsenverkehrs (Beleidigung oder Verläumdung von Börsenbesuchern oder Korporationsbeamten, Erregung von Lärm ꝛc., Verbreitung falscher Gerüchte, Verbleiben in der Börse nach 3 Uhr) eingeschritten, ersichtlich aber in völlig unzulänglicher Weise. Zwar ist die Zahl der Anträge auf Ausschluß (Statistische Anlagen S. 386 f.) ziemlich bedeutend, nämlich 716 für die Jahre 1889 bis 1892. In einem auffallenden Mißverhältnisse hierzu steht aber die Zahl der Erledigungen mangels des behaupteten Thatbestands: es wurden 443 Fälle durch Zurücknahme und 125 Fälle durch Abweisung

Digitized by Google

beendet; nur 148 Verurtheilungen erfolgten. Wird von der Zahlungsunfähigkeit abgesehen, so erstreckte sich die Ausschließung, mit Ausnahme eines Falles, meist nur auf wenige Tage. Kennzeichnend ist das allmälige straffere Anziehen der Zügel: die Zahl der Anzeigen stieg von 125 im Jahre 1889 auf 237 im Jahre 1892, die Zahl der Verurtheilungen sogar von 23 auf 51. Es wiederholte sich, was ein berliner Sachverständiger in Bezug auf die Zulassung zur Börse sagte: „Wir haben früher niemals einen Unterschied gemacht, und erst seit Kurzem (acht, neun Monaten) haben wir angefangen, ehe wir die Börsenkarte ertheilten, die Persönlichkeit uns anzusehen" (St. B. S. 2404). Die Ziffer der an den übrigen deutschen Börsen verhängten Disziplinarstrafen ist eine ganz unbedeutende (Statistische Anlagen S. 388 ff.). Sicherlich hat es, zumal in Berlin, nicht die Harmlosigkeit der Börsenbesucher bewirkt, daß so selten Bestrafungen eingetreten sind. Der Grund ist vielmehr in der mangelnden Energie der Aufsichtsbehörden zu suchen, welche insbesondere die Angelegenheit bereits als erledigt angesehen zu haben scheinen, wenn der Anzeiger dieselbe, selbst nur stillschweigend, fallen ließ.

In Bezug auf die nunmehrige Organisation des Börsendisziplinarhofes lautet der Vorschlag der Kommission für die Börsenordnungen:

d) Zusammensetzung des Börsendisziplinarhofs. Der Börsendisziplinarhof besteht,

a) wenn die Börsenaufsicht den Handelsorganen (Handelskammer, Aeltesten ꝛc.) übertragen ist, aus dem Plenum oder aus einem Ausschusse dieser Aufsichtsbehörde;

b) wenn die unmittelbare Aufsicht über die Börse von einer Staatsbehörde geführt wird, aus den Personen, welche von den Börsenbesuchern oder dem Börsenvorstande zu wählen sind.

Für den Börsendisziplinarhof ist die Grundfrage natürlich zunächst diejenige, ob derselbe nur aus kaufmännischen oder aus solchen und nichtkaufmännischen Mitgliedern, insbesondere Berufsrichtern, bestehen soll. Mit Recht ist die Entscheidung in dem letzteren Sinne gefallen. Soll über die Verletzung kaufmännischer Ehre geurtheilt, die Achtung der Standesgenossen zum Maßstabe genommen werden, so ist auch ein Gericht von Kaufleuten, von Standes-

Digitized by Google

genossen des normalen Börsenbesuchers die rechte Instanz. Nach Mittheilungen von maßgebender Seite werden die Rechtsanwälte von ihren Berufsgenossen streng verurtheilt und ist bei dem Ehrengerichtshofe für solche, trotz des zahlenmäßigen Ueberwiegens von Berufsrichtern, nur sehr selten eine grundsätzliche Verschiedenheit der Auffassungen hinsichtlich der Schuldfrage hervorgetreten (St. B. S. 894 f.). Zu beachten ist allerdings, daß die Disziplin sich auf alle Börsenbesucher, also nach den gegebenen Vorschlägen (oben S. 292) auch auf Rechtsanwälte, Notare, Berichterstatter, Rentner 2c. erstrecken soll. Hier läßt einerseits der Begriff der besonderen kaufmännischen Ehre in Stich, wie es andererseits eigenthümlich ist, daß die kaufmännischen Disziplinarrichter sich in die Anschauungen der Standesgenossen dieser Klassen von Börsenbesuchern hineinversetzen müssen. Nicht gefolgt ist der Anregung von Gustav Cohn, welcher, unter Anführung eines Vorkommnisses in England, eine „Behörde mit höherem Ehrgefühl" eingesetzt wissen wollte, „um eine Harmonie herzustellen zwischen der besten öffentlichen Meinung und den Gewohnheiten der Börse", und welcher meinte, für die Börse weise „der Zustand des Verkehrs, der Zustand der Anschauungen hinüber zu einer objektiven Vertretung durch ein Organ, das die allgemeine Landes- und Volksmoral vertritt" (St. B. S. 2024, 2027). In der That hätte dies zu dem Staatsgerichtshofe mit allen denjenigen Mängeln geführt, welche jetzt ein Strafgericht aufweist, wenn es mit der Aburtheilung verwickelter Börsenfälle befaßt ist. Nicht ohne Fug durfte hier ein Sachverständiger im Hinblick auf einen neuerlich in Berlin verhandelten großen Strafprozeß sagen, daß in ihm „jene nicht kaufmännische Instanz sich unzulänglich erwiesen habe" (St. B. S. 2027). Auf welche Weise die kaufmännischen Richter zu finden sind, bleibt von einigermaßen untergeordneter Bedeutung. Auch die Uebertragung der Disziplin auf die bestehenden Handelsorgane bietet Gewähr dafür, daß ehrenhafte Standesgenossen über unehrenhafte zu Gericht sitzen. Dem Wunsche, die Standesrichter aus unmittelbaren Wahlen hervorgehen zu lassen, wurde mit dem Hinweis auf die Wahlmüdigkeit weiter Kreise begegnet (Prot. S. 182). Ganz unberechtigt ist allerdings das Verlangen von Wiener nicht, „daß aus dem freien Kreise der zu Beurtheilenden irgend eine Vertretung bei dem eigentlichen ehrengerichtlichen Verfahren geschaffen werden müßte" (St. B.

Digitized by Google

S. 738, 743). Auch von einem Sachverständigen der berliner Fondsbörse wurde der Befürchtung Ausdruck gegeben, daß, wenn nicht aus allen Klassen der Börsenbesucher Mitglieder in den Disziplinargerichtshof gelangten, sich „die Oberen" zum Schaden der Unteren zusammenthäten (St. B. S. 1484). Und ein berliner Vertreter der Mühlenindustrie wies darauf hin, daß die Berufsgenossen mindestens in den Verdacht kommen könnten, als ließen sie sich im Ehrengerichtshofe von ihren eigenen Interessen leiten (St. B. S. 2776). Nicht von der Kommission gebilligt ist der Vorschlag von Gamp, welcher für das Ehrengericht eine Besetzung von 7 Mitgliedern forderte (Prot. S. 183, 185). Diese Auslassung steht in einem gewissen Zusammenhange mit der Ueberweisung der Zusammensetzung des Börsendisziplinarhofs an die Börsenordnungen, „um den Landesregierungen die Möglichkeit zu geben, in einzelnen Fällen abweichende Bestimmungen erlassen zu können" (Bericht S. 26). Aus welchem Grunde dies nöthig war, ist nicht gesagt. Bei der jetzt beliebten Regelung soll das künftige Reichsbörsengesetz einen Disziplinarhof vorsehen, dessen Ausgestaltung völlig in der Luft schwebt.

Die zweite Grundfrage für den Börsendisziplinarhof ist, ob das Verfahren auf die Mitwirkung eines Staatsbeamten gegründet sein soll, welchem die Wahrung der öffentlichen Interessen anheimfällt. Die Kommission hat dies in dem Vorschlage für das Reichsbörsengesetz bejaht:

> **e) Regierungskommissar.** Die Landesregierung hat einen Kommissar zu bestellen, welchem von allen die Einleitung oder Ablehnung einer Untersuchung betreffenden Entscheidungen Mittheilung zu machen ist.
>
> Der Kommissar kann die Einleitung einer Untersuchung verlangen. Diesem Verlangen, sowie allen von demselben gestellten Beweisanträgen muß stattgegeben werden.

Nach der ablehnenden Stellung, welche die kaufmännischen Sachverständigen überhaupt jedem staatlichen Eingriff entgegen innehielten, war es nur folgerichtig, daß sie auch der Einsetzung eines öffentlichen Anklägers überwiegend widerstrebten. Ganz richtig bemerkte ein Gutachter: „Die Frage des Staatskommissars an der Börse ist keine Börsenfrage, sondern eine politische Frage. Ich meine, hier

Digitized by Google

steht Prinzip gegen Prinzip" (St. B. S. 3206). Zwei hochangesehene, dem Kreise der berliner Börsenbesucher angehörige Kommissionsmitglieder wandten sich gegen den Regierungskommissar mit der Erklärung: „daß sie diesem Gedanken grundsätzlich widerstreben, da der Disziplinarhof von jeder Einmischung der staatlichen Autorität frei bleiben müsse" (Prot. S. 373 f.). Abgesehen von diesem Prinzip der Selbstverantwortung wurden nur landläufige Bedenken laut: Die Sorge vor dem Denunziantenthum (z. B. St. B. S. 2407 f., 2410) und die Befürchtung vor der Kenntnißlosigkeit des Kommissars über die Handelsvorgänge (z. B. St. B. S. 1279, 1825, 2029). Mit vollem Rechte ist diesen Einwürfen nicht gefolgt worden. Daß hier die Selbstzucht bisher nicht eingeschlagen hat, kann unmöglich verkannt werden. Vielfach wurde die Wehleidigkeit der Handeltreibenden in Bezug auf die Verfolgung von Berufsgenossen betont (z. B. St. B. S. 259, 568, 569, 571, 1279). Richtig führte Wiener aus, daß mangels des Eingreifens eines staatlichen Organs Alles bei dem Alten bleiben würde und erklärte Schmoller, daß auch nach dem Anerkenntnisse der größten Verehrer der Selbstverwaltung deren Organe niemals gegen ihre guten Freunde, Vettern, Genossen die rechte energische Neigung hätten, die Gesetze durchzuführen, wie staatliche Beamte (St. B. S. 568, 571). Weshalb das Denunziantenthum besser gedeihen soll, wenn die Anzeige einem Staatskommissar statt dem Disziplinarhof erstattet wird, ist nicht ersichtlich. Der Umstand, daß in Berlin über 60 Prozent der Anzeigen durch Zurücknahme ihre Erledigung gefunden haben, läßt es doch als sehr zweifelhaft erscheinen, ob nicht gerade bei den jetzt obwaltenden Verhältnissen die Zurücknahmen durch Opfer erkauft worden sind. Daß die Annahme, der Kommissar werde Nichts von der Börse verstehen, eine willkürliche ist, hat bereits Erörterung gefunden (oben S. 284 f.). Treffend heißt es in einem Berathungsprotokoll: „Die Bedenken, welche man in Börsenkreisen gegen die Thätigkeit eines solchen Beamten zur Zeit noch hege, würden sich als ebenso unbegründet erweisen, wie die seiner Zeit von den Fabrikanten an die Einrichtung der Fabrikinspektoren geknüpften Besorgnisse" (Prot. S. 181 f.). Es ist anzuerkennen, daß die Kommission hier eine gewisse Stellung genommen hat und auch nicht den Mittelvorschlägen Derjenigen gefolgt ist, welche die Vertretung der öffentlichen Interessen dem hierzu ganz ungeeigneten, der Börse

Digitized by Google

gegenüber unselbständigen Syndikus übertragen wollten (vergl. Prot. S. 181, St. B. S. 261, 565, 577, 3483). Freilich dürfte es sich bei dem Staatskommissariat für die großen Börsen nicht um die kleine Nebenbeschäftigung eines überlasteten Beamten handeln, welcher nur von Anzeigen Kenntniß nimmt und diese durch Formular urschriftlich an den Disziplinarhof zur gefälligen Prüfung und weiteren Veranlassung befördert. Folgt der Kommissar dem Verlauf aller zur Anzeige gelangten Fälle, beschäftigt er sich mit dem Inhalte der Börsenblätter und des Börsentheils der politischen Zeitungen und geht er den dort besprochenen Vorgängen nach, betreibt er die Einleitung und den Fortgang der Untersuchung durch Anträge, so wird seine Arbeitskraft kaum hierfür zureichen. Bei richtiger Erfassung seiner Aufgabe könnte er der Aufsichtsbeamte sein, welchen die Kommission prinzipios abgelehnt hat; nur, bei der ihm zugewiesenen Stellung, ein Aufsichtsbeamter, der nicht sehen darf, was vorgeht, sondern lesen muß, was vorgegangen sein soll.

Aus diesem Gefühl heraus mögen sich die ursprünglichen Anträge von Gamp mit erklären lassen. Derselbe erachtete als die Aufgabe des Staatskommissars, „die Untersuchung über die zu seiner Kenntniß gelangenden, ehrengerichtlich zu ahndenden Handlungen der Börsenbesucher zu führen und für die Entscheidung durch das Ehrengericht vorzubereiten." Er sah zur Unterstützung des Anklägers eine dreigliedrige kaufmännische Kommission vor, welche vor Einleitung der Voruntersuchung und Anrufung des Ehrengerichts gutachtlich gehört werden und durch ein Mitglied zur Theilnahme an der Voruntersuchung befugt sein sollte. Er befürwortete das Recht des Anklägers, alle zur Feststellung des Thatbestandes nothwendigen Handlungen vorzunehmen, namentlich Zeugen nichteidlich zu vernehmen oder durch das Gericht eidlich vernehmen zu lassen, und wollte dem Kommissar die Vertretung der Anklage bei der Verhandlung und selbst bei der Berathung, ohne mitentscheidende Stimme, sichern (Prot. S. 185 ff.). Diese Dreistellung des Kommissars als Ankläger, Untersuchungsrichter, ja selbst berathender Richter war gewiß keine haltbare. Aber die Vorschläge hatten immerhin einen richtigen Kern: das selbständige Einschreiten des Kommissars zu sichern. Jetzt ist derselbe von der wesentlichen Aufgabe, welche der Staatsanwaltschaft, sogar den Behörden und Beamten des Sicherheitsdienstes zugewiesen ist, den Sachverhalt zu

Digitized by Google

erforschen (Strafprozeßordnung §§. 158—161), eigentlich ausgeschlossen. Er ist ein Beamter, welcher Kenntniß nimmt, und, wie auch der Bericht durchblicken läßt, doch nur in seltenen Ausnahmefällen einschreitet. Eine Familienähnlichkeit des Vorschlags mit der lahmen „Mitwirkung" der Staatsanwaltschaft in Ehesachen (Civilprozeßordnung §. 569) ist unverkennbar. Unmittelbar kann der Kommissar überhaupt nicht eingreifen; er vermag nur durch das Organ des Disziplinarhofs oder der von diesem bestellten Kommission zu handeln, wobei nach der Stellung der Kaufmannschaft zu den Vorschlägen eine grundsätzliche Gegnerschaft keineswegs ausgeschlossen ist. Nicht einmal die Vertretung der Anklage in der Verhandlung ist ihm gewährleistet: nur den Verhandlungen beizuwohnen, steht ihm frei. Reden darf er dessenungeachtet wohl, da er wenigstens für befugt erklärt ist, die Oeffentlichkeit zu beantragen. Ein solcher überall gebundener Staatskommissar wird freilich der Statist bleiben, von welchem in der hessischen Kammer die Rede war (St. B. S. 1825). Es genügt nicht, den Gedanken eines Staatskommissars in das Börsengesetz zu werfen, unbekümmert darum, wie derselbe seinen Aufgaben gerecht werden kann. Soll der Staatskommissar stehen, so muß ihm auch Boden unter den Füßen gelassen werden.

Ueber das Verfahren ist für das Reichsbörsengesetz vorgeschlagen:

> **f) Verfahren.** Wird von dem Disziplinarhof zur Vorbereitung der Entscheidung einem oder mehreren Mitgliedern die Führung der Voruntersuchung übertragen, so sind dieselben berechtigt, Zeugen nichteidlich zu vernehmen.
>
> Der Kommissar hat das Recht, allen Verhandlungen beizuwohnen.
>
> Das Verfahren vor dem Disziplinarhof ist nicht öffentlich, falls nicht der Angeklagte oder der Kommissar es beantragen.
>
> Der Börsendisziplinarhof ist berechtigt, Zeugen und Sachverständige vorzuladen und eidlich zu vernehmen.
>
> Der Angeklagte ist befugt, sich des Beistandes eines Vertheidigers zu bedienen.

Zweifelhaft ist hier die Frage nach der Zulassung der Oeffentlichkeit. Die Kommission hat sich mit großer Mehrheit in dem

Digitized by Google

formell nicht gerade gelungenen Vorschlage („es"?) gegen den allgemeinen Ausschluß der Oeffentlichkeit erklärt. Auch an der londoner Börse ist jedem Korporationsmitgliede der Zutritt zu derartigen Verhandlungen gestattet (St. B. S. 254) und ebenso sind nach der mehrfach zur Vergleichung herangezogenen deutschen Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 zu der Hauptverhandlung des Ehrengerichts die Mitglieder der Kammer als Zuhörer zuzulassen (§. 82, vergl. §. 103 des Reichsgesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873). Die Oeffentlichkeit wird einerseits zu gehöriger Strafe führen oder die allzu milde verschärfen, andererseits leichtfertigen Denunzianten den verdienten Lohn geben. Nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde nicht das Gericht selbst Oeffentlichkeit beschließen darf. Zumal wenn der Kommissar nach der ihm zugewiesenen Stellung an dem Verfahren nicht theilnimmt, ist sehr wohl ein Interesse der Kommission an der Feststellung möglich, daß eine Vertuschung von keiner Seite beabsichtigt ist.

Im Uebrigen zeichnet sich die Regelung des Verfahrens durch verblüffende Einfachheit aus. Insbesondere fehlen alle Vorschriften über einen Schutz des Angeklagten. Weder ist seine Vernehmung vorgeschrieben, noch wird ihm durch Mittheilung einer Anklageschrift und eines Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens die Möglichkeit wirksamer Vertheidigung gegeben oder ist ihm die Vernehmung von Entlastungszeugen und -sachverständigen gewährleistet. Ebensowenig ist die Theilnahme der Untersuchungsrichter als erkennender Richter ausgeschlossen oder für die Bejahung der Schuldfrage eine gewisse Mehrheit erfordert ꝛc. Bei einem Prozesse, welcher ohne jedes Rechtsmittel zu der dauernden Ausschließung des Angeklagten führen und damit dessen gesammte wirthschaftliche Existenz vernichten kann (St. B. S. 1278), ist diese Enthaltsamkeit schlechterdings unmöglich. Der Kommissionsbericht scheint freilich an irgend welche Ausgestaltung des Verfahrens, ähnlich wie gegenüber den Rechtsanwälten, zu denken (S. 28). Vielleicht soll auch hier der Landesgesetzgebung Gelegenheit zur Mannigfaltigkeit der Erscheinungen gegeben sein.

Hinsichtlich der Strafen ist für das Reichsbörsengesetz vorgeschlagen:

Digitized by Google

g) Strafen. Der Disziplinarhof darf erkennen auf Verwarnung, Verweis, zeitweilige Ausschließung und dauernde Ausschließung von der Börse, er kann beschließen, daß und auf welche Weise das Strafurtheil öffentlich bekannt gemacht wird. Gegen das Urtheil desselben findet ein Rechtsmittel nicht statt.

h) Ehrenerklärung zu Gunsten des Angeklagten. Der Disziplinarhof ist befugt, wenn durch die Verhandlung die Unrichtigkeit der der Anklage zu Grunde liegenden Thatsachen dargethan wird oder die dem Angeschuldigten zur Last gelegten Handlungen als die kaufmännische Ehre nicht verletzend angesehen werden, demselben eine Ehrenerklärung zu geben und deren Veröffentlichung zu beschließen.

Der Bericht bemerkt, daß nur die in dem Vorschlage hervorgehobenen Strafen in Frage kommen konnten (S. 29). Trotz dieser Bestimmtheit ist die Frage, ob nicht Geldstrafen zu berücksichtigen sind, erörterungsfähig. In andern Disziplinargesetzen sind solche vorgesehen. Es giebt zweifellos Börsenbesucher, welche zur Ausweisung noch nicht reif sind und denen eine Verwarnung, ein Verweis wenig Eindruck machen wird. In Oesterreich, in England und Amerika sind recht empfindliche Geldbußen, bis zu 1000 fl., 100 £, 500 $ eingeführt (Die hauptsächlichsten Börsen S. 67, 68, 71, 77, 95, 115 ff., 150, 151, 153). Unter den Strafen ist übrigens die an anderer Stelle angedrohte Absprechung des Rechtes, dauernd oder zeitweise als Gewährsmann zu fungiren (oben S. 294), nicht abermals aufgeführt.

Nach der Natur der Ehrenstrafe, welche den Verurtheilten bei den Berufsgenossen anrüchig machen soll, kann die Freigabe einer Verschärfung durch Veröffentlichung nur gebilligt werden. Auch gegenwärtig werden die Sprüche in Berlin durch Börsenaushang bekannt gemacht (St. B. S. 568). Zweifelhaft ist es, ob der Ausschluß jedes Rechtsmittels sich empfiehlt. Die Vorschläge von Gamp sahen für schwerere Straffälle eine Berufung des Angeklagten und des öffentlichen Anklägers an ein oberstes Staatsgericht vor (Prot. S. 187). Die Kommission nahm in erster Lesung die These an: „Kleinere Ordnungswidrigkeiten sollen durch einen Gerichtshof von kleinerem Umfange, größere durch einen solchen von größerer

Digitized by Google

Mitgliederzahl abgeurtheilt werden. Die Urtheile des ersteren sind appellabel an den letzteren, diejenigen des letzteren endgültig, gleichviel ob sie in erster oder zweiter Instanz ergangen sind." (Prot. S. 183). Gegen diesen Satz mußten alle diejenigen Bedenken obwalten, welche der Berufung gegen Urtheile der Schöffengerichte ohne solche gegen Urtheile der Strafkammern entgegengesetzt worden sind. Von der Redaktionskommission war denn auch schlechthin Berufung für den Komissar und den Angeklagten an ein Staatsgericht wegen Verletzung von Normen des materiellen Rechtes, für den Angeklagten auch wegen Beschränkung der Vertheidigung vorgeschlagen (Prot. S. 383). Der Bericht rechtfertigt den nunmehrigen Standpunkt dahin, „daß es mit dem Wesen des gewollten Standesgerichts im Widerspruch stehe, die endgiltige Entscheidung über das, was den Anschauungen des kaufmännischen Standes von Moral und Ehre entspräche, in die Hand eines Gerichtshofes zu legen, in dem der Kaufmannstand gar nicht vertreten sei" (Bericht S. 29). Die Berechtigung dieses Grundes ist anzuerkennen, soweit es sich nicht um Verstöße gegen die wesentlichen Grundsätze des Verfahrens handelt. Aber ob nicht wenigstens wegen formeller Fehler, zumal wegen unzulässiger Beschränkung der Vertheidigung ein Rechtsmittel vorzusehen und auch die Wiederaufnahme des Verfahrens zu ermöglichen wäre, muß als zweifelhaft erachtet worden. Nach dem Vorschlage von Koch zu der These der Redaktionskommission hätte das Staatsgericht auch bei begründetem Rechtsmittel nicht in der Sache zu erkennen, sondern diese an den durch die Rechtsnormen der staatsgerichtlichen Entscheidung gebundenen Börsendisziplinarhof zurückzuverweisen (Prot. S. 374). Unter den jetzt in Berlin bestehenden Verhältnissen ist zwar, trotz der gegentheiligen Aussage des Präsidenten des Aeltestenkollegiums (St. B. S. 257), sehr selten von Rechtsmitteln Gebrauch gemacht worden, nämlich in den Jahren 1889 bis 1892 bei 148 Verurtheilungen nur 13 Mal (Statistische Anlagen S. 386 f.).

Der Anregung, daß die Verweisung von einer Börse auf den Zutritt zu anderen Börsen Einfluß haben könnte (St. B. S. 1287), ist nicht nachgegangen worden. Hier zeigt sich wiederum die Unzulänglichkeit der Vorschläge für die Zulassung zum Börsenbesuch. Es besteht keine Gewähr dafür, daß der an der einen Börse Ausgeschlossene von anderen zurückgewiesen werden darf, ganz abgesehen

Digitized by Google

von der Möglichkeit der Bildung freier Börsen kraft landesrechtlicher Ermächtigung.

Als eine unglückliche Neuerung gegenüber den bisherigen Grundsätzen der Strafrechtspflege erscheint die Ehrenerklärung. Wird von ihr in allen Fällen der Freisprechung Gebrauch gemacht, so geht der Angeklagte, über dessen Verhalten die Meinungen vielleicht recht getheilt sein können, noch mit einer Auszeichnung aus dem Verfahren hervor. Wird aber, wie es scheint, die Ehrenerklärung nur für diejenigen Fällen beabsichtigt, in welchen gegen einen zweifelsfrei völlig Unschuldigen vorgegangen worden ist, so ist zu den vier Ehrenstrafen eine fünfte gefügt, die Freisprechung ohne Ehrenerklärung. Das ist doch schließlich das System längst vergangener Zeiten: Bei halbem Beweise halbe Strafe.

Einigermaßen gesichert ist die Verfolgung besonders auffallender Vorkommnisse durch den endlichen Vorschlag für das Reichsbörsengesetz

> **i) Anzeigepflicht der Behörden.** Die öffentlichen Behörden sind berechtigt, die mit der Aufsicht über die Börse betrauten Organe sind verpflichtet, Handlungen der Börsenbesucher, welche einer disziplinaren Ahndung unterliegen, zur Kenntniß des Kommissars zu bringen,

unter Ablehnung der weitergehenden Vorschläge von Gamp und v. Cuny, auch die öffentlichen Behörden zur Anzeige zu verpflichten (Port. S. 183, 187, 375).

5.

Die Verhältnisse der Börsenschiedsgerichte, wie sie in den „hauptsächlichsten Börsen ꝛc." Darstellung gefunden haben, sind, zumal für Berlin, außerordentlich verwickelt: Die Fondsbörse hat eine Sachverständigen-Kommission, welche aus Mitgliedern der Börsenorgane (Börsenkommissaren) und Korporationsmitgliedern besteht. Sie entscheidet durch eine periodisch vorbestimmte Deputation von drei Mitgliedern über die ihr in den Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten. Es sind dies mit Ausschluß jedes Rechtsmittels die Streitigkeiten, welche die Lieferbarkeit der Werthe oder die Auslegung und Anwendung der erwähnten Bedingungen und bestehenden Usancen betreffen. Außerdem ist die Deputation in allen übrigen Streitigkeiten aus Fondsgeschäften jeder Art zur Entscheidung befugt, wenn

Digitized by Google

die Betheiligten solche freiwillig anrufen. Falls beide Parteien über die Schiedsrichter einig sind, können sie dieselben aus den Mitgliedern der Kommission in einer Dreizahl wählen. Weiter ist für Streitigkeiten, außer den der Deputation besonders zugewiesenen, neben dem ordentlichen Gerichte nach Wahl des Klägers die fünfgliedrige schiedsrichterliche Kommission der Aeltesten der Kaufmannschaft zuständig. Die Produktenbörse hat eine „Ständige Deputation" aus Aeltesten und Korporationsmitgliedern. Sie entscheidet durch die vorbestimmten event. gewählten Mitglieder Rechtsstreitigkeiten aus Geschäften an der Produktenbörse, soweit für solche nicht durch Vertrag ein anderes Forum vorgesehen ist. Die Börsenbesucher haben vor ihr Recht zu nehmen; sie ist bei freiwilliger Anrufung zur Entscheidung in Streitigkeiten jeder Art berufen. Die Funktion der Sachverständigen-Kommission für die Lieferbarkeit wird hier von dem Gremium der „vereideten Sachverständigen" erfüllt, welches durch drei, auf besonderen Wunsch der die Lieferbarkeit feststellen lassenden Partei durch fünf Mitglieder entscheidet.

Dieser wenig durchsichtigen Rechtslage entsprechend dunkel waren vielfach die Ausführungen der Gutachter. Es wäre Sache der Kommission, welche doch Licht über die Börseneinrichtungen verbreiten sollte, gewesen, hier den nicht ohne Weiteres ersichtlichen inneren Unterschied zwischen den Behörden für die Entscheidung über Lieferbarkeit und den eigentlichen Schiedsgerichten zu begründen, und zu erörtern, ob nicht hinsichtlich des einen oder anderen dieser Organe sich Mißstände herausgestellt haben. Aus den Vernehmungen läßt sich herleiten, daß von der Deputation der Sachverständigen-Kommission hinsichtlich der Erklärung der Lieferbarkeit von Effekten mit einer gewissen Willkür vorgegangen und, wie dies die Bedingungen zulassen, die Begründung des Spruches vorenthalten wird (St. B. S. 145, 496). Daß das Verfahren hinsichtlich der Lieferbarkeitserklärung von Getreide durchaus nicht einwandsfrei ist, bekennt der Bericht selbst an anderer Stelle (S. 124 f.). Der Ausspruch, als Börsenschiedsgerichte (im Sinne des alsbald wiederzugebenden Vorschlags) sollten die Kommissionen zur Entscheidung über die Lieferbarkeit von Effekten oder Waaren nicht angesehen werden (Bericht S. 30), läßt die Frage, warum hier in Streitfällen Unterschiede zu machen sind, unbeantwortet. Ganz richtig machte ein Kommissionsmitglied darauf aufmerksam,

Digitized by Google

daß in Bezug auf die Lieferbarkeit von Effekten meist ein Streitfall garnicht vorliege, vielmehr nur eine Partei Auskunft über die Lieferbarkeit fordere (St. B. S. 1230, vgl. S. 496).

Die Verhältnisse an der berliner Fonds- und Produktenbörse sind insofern ungleichartig, als anscheinend das aus den Aeltesten gebildete Schiedsgericht der ersteren Börse sich bei Streitigkeiten zwischen Börsenbesuchern und Außenstehenden der Entscheidung enthält (vgl. St. B. S. 147, 495, 499, 502, 508, aber auch S. 1229), bei der letzteren Börse aber solche Streitigkeiten zufolge Schlußscheinbedingung durch ein Schiedsgericht abgeurtheilt werden. Hier ist die Kommission mit dem Vorschlage für die Börsenordnungen eingetreten:

> **5. Börsenschiedsgerichte.** Börsenschiedsgerichte sollen sich ohne Rücksicht auf die Vereinbarungen der Vertragschließenden der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten enthalten, wenn nicht beide Theile einer und derselben Börse angehören, oder sich zur Zeit der Erhebung von Ansprüchen ausdrücklich der Entscheidung des betreffenden Schiedsgerichts unterwerfen.

6.

Wenige Börseneinrichtungen haben eine so völlig verschiedenartige Beurtheilung erfahren, wie die sogenannten Liquidationskassen. Nicht damit gemeint sind diejenigen Institute, welche nur dem Zwecke dienen, die Verfügung über Effekten und die Abwickelung von Zeitgeschäften zu erleichtern. Es gilt dies insbesondere von dem durch die Bank des Berliner Kassenvereins betriebenen Giro-Effekten-Geschäft, welches dem Einleger von Effekten die Möglichkeit gewährt, mittelst Checks über das Depot behufs Herausgabe, Ueberschreibung und Lombardirung zu verfügen. Ebenso von dem Liquidations-Verein für Zeitgeschäfte an der Berliner Fonds-Börse und ähnlichen Instituten (Saldirungsverein in Breslau, Kollektivskontro in Frankfurt a. M. und München, Effekten-Liquidationsbureau der Wechslerbank in Hamburg), deren hauptsächliche Bestimmung es ist, das Mitglied, welches aus allen seinen Geschäften in dem betreffenden Effekt einen Posten zu liefern hat, mit demjenigen Mitgliede, welches wiederum einen Posten zu empfangen hat, in unmittelbare Verbindung zu bringen. Betroffen von dem Streite der Meinungen werden vielmehr diejenigen Aktiengesellschaften, deren

Digitized by Google

Vorbild „La caisse de liquidation des affaires en marchandises au Havre“ ist. Dieselbe dient der Aufgabe, „de garantir la bonne exécution des operations enregistrées par elle.“ Diese Eintragung erfolgt, wenn ein von dem conseil d'administration zugelassener courtier einen von in Havre wohnhaften Parteien unterzeichneten Schlußschein einreicht. Nach der Eintragung des Vertrags, welcher auf eine bestimmte Schlußeinheit (z. B. 500 Sack Kaffee) und Kauf oder Verkauf lauten muß, übersendet die Kasse ein bulletin de vente oder d'achat, womit ihre Garantieverpflichtung beginnt. Die Eintragung wird aber nur wirksam, wenn jede Partei einen Einschuß, original déposit, zuzüglich einer Summe zur Deckung von Kursschwankungen bis zur Uebersendung des bulletin leistet. Die Höhe des Einschusses ist vorbestimmt (z. B. bei Kaffee 2,50 Franken für den Sack.) Bei Kursänderung in gewisser Höhe muß derjenige, zu dessen Ungunsten dieselbe sich vollzieht, sofort eine entsprechende marge nachschießen, bei Vermeidung der Zwangsregelung aller auf den Betreffenden laufenden Verträge. Die normale Abwickelung erfolgt durch Vermittelung der Kasse. Liefert der aufgegebene Verkäufer nicht oder nimmt der Käufer nicht ab, so tritt die Haftung der Kasse ein. (Die hauptsächlichsten Börsen S. 89 f.)

Solche Kassen, wie sie noch sonst in Frankreich und in Antwerpen, Amsterdam, Rotterdam 2c. bestehen, haben auch in Deutschland Eingang gefunden. In Betracht kommen hierbei die Waaren-Liquidations-Kasse in Hamburg, deren Zweck es gleichermaßen ist, „die Erfüllung von Termin-Geschäften in Waaren dadurch, daß sie dem anderen Kontrahenten gegenüber als Gegenkontrahent auftritt, oder in anderer geeigneter Weise zu garantiren,“ und für die gleiche Aufgabe die Abrechnungskasse für Kammzugsgeschäfte in Leipzig, sowie die Zucker-Liquidations-Kasse in Magdeburg. Die hamburger Kasse, namentlich für Termingeschäfte in Kaffee, weist die wesentliche Merkmale der havreser Genossin auf: Die Garantie für die Erfüllung der Geschäfte, welche die der Kasse genehmen Makler aufgeben; die Beschränkung des Termingeschäfts auf hamburger Börsenbesucher; die Schlußeinheit der Verträge; den Einschuß von mindestens 3 Mark für den Sack Kaffee; den Nachschuß bei Preisschwankung von mindestens 1 Pfennig für das halbe Kilo Kaffee 2c. Doch kann, bezw. muß von dem Nachschuß abgesehen werden, wenn der Verkäufer glaubhaft nachweist, daß er die ver-

Digitized by Google

kaufte Waare rechtzeitig zu liefern vermag bezw. indossirte Lagerscheine oder Konossemente hinterlegt. Im Allgemeinen wird zur Lieferungszeit abgewickelt. Ist aber ein Kontrahent Käufer und Verkäufer auf demselben Termin und reicht er die betreffenden Kassenbescheinigungen (Liquidationsscheine) ein, so wird sofort abgerechnet und das Guthaben des Kontrahenten ihm gutgeschrieben oder auf Verlangen ausbezahlt, während eine etwa zu seinen Ungunsten bestehende Differenz von ihm der Kasse eingezahlt werden muß. (Die hauptsächlichsten Börsen S. 48 ff.)

Dem Kommissionsbericht ist nachzurühmen, daß er in diesem Punkte das Für und Wider unter sorgsamer Benutzung der Sachverständigengutachten anschaulich und eingehend dargestellt hat. Die wesentlichsten Bedenken gegen die Liquidationskassen können in drei Gruppen getheilt werden. Vorgebracht wurde einmal, daß die Sicherheit, in der Kasse stets eine zahlungsfähige Gegenpartei zu haben, und die Möglichkeit, jeder Zeit das Engagement zu lösen und den Gewinn einzuziehen, die Neigung zur Spekulation befördere. Weiter, daß die Nachschußpflicht den Effektivhandel schädige, da sowohl für den Produzenten, welcher die künftigen Erzeugnisse auf Termin verkaufe, als auch für den Händler und Konsumenten, welcher den künftigen Bedarf durch Terminkauf decke, kein Grund bestehe, die in Monaten entstehenden Preisschwankungen durch Nachschüsse auszugleichen und hierfür bedeutende Geldbeträge flüssig zu halten. Endlich, daß die Organisation der Liquidationskassen als Aktiengesellschaften im Interesse hoher Dividenden zur Ausdehnung des Terminhandels auf hierfür ungeeignete Waaren dränge und den Mitgliedern der Verwaltungsorgane einen leicht mißbrauchten Einblick in die gesammten laufenden Geschäfte gewähre. In zweiter Reihe wurde der Einfluß beanstandet, welchen diese Privatvereinigungen in einer zur thatsächlichen Monopolisirung des gesammten Terminhandels durch sie führenden Weise auf die Gestaltung der Lieferungsbedingungen, die Bestellung der Makler, die Kursnotirung hätten.

Dieser abfälligen Beurtheilung wurde von anderer Seite entschieden widersprochen. Die Vertheidiger machten wesentlich geltend: Hamburg habe die Liquidationskasse im Kampf um den Kaffeehandel von Havre übernommen. Die Einrichtung sei noch in einer Entwickelung begriffen, welche zu Besserungen führen werde. Die Ga-

Digitized by Google

rantie der Kasse sichere die Erfüllung der Verbindlichkeiten, was auch im öffentlichen Interesse von Vortheil sei. Die Einschuß- und Nachschußpflicht hindere den Terminhandel Unbemittelter und ziehe auch demjenigen Bemittelter Schranken. Der Effektivhandel benutzte thatsächlich vielfach die Kasse. Die schädigenden Wirkungen der Nachschußpflicht für denselben würden dadurch beschränkt, daß die Verkäufer, welche effektive Waare besäßen, von dieser Pflicht im weiteren Umfang ausgenommen seien. Die Liquidationskassen als Aktiengesellschaften müßten im eigenen Interesse den Bedürfnissen und Wünschen des Verkehrs nachgehen und würden deshalb auch diejenigen Leiter, welche Mißbrauch trieben, beseitigen. Gegen die thatsächliche Monopolisirung des Terminhandels seien Klagen von betheiligter Seite noch nie laut geworden, wie auch insbesondere die Kursfeststellung unter der persönlichen Kontrole der betheiligten Händler stehe (Bericht S. 30 ff.).

Bei der Berathung der Kommission platzten wieder die verschiedenen Grundanschauungen aufeinander. Während Gamp, Schmoller, zum Theil auch Wiener die Auffassung vertraten, daß die Liquidationskassen, weil sie öffentliche Interessen beträfen, nicht dem Kampfe der Interessen ausgeliefert werden dürften, meinten die Vertreter des Handels und der Industrie, Frentzel und Stengel, unter Beitritt des Sekretärs der hamburger Handelskammer Gütschow, es handle sich hier um Fragen, welche die Kaufleute und Interessenten mit einander auszukämpfen hätten. Die Kommission gab den Gegnern der Liquidationskassen nicht nach. Die Thesen von Gamp: „Liquidationskassen mit obligatorischer Nachschußpflicht bei eintretenden Preisveränderungen hindern die Benutzung des Terminhandels sowohl für die Zwecke der Versicherung gegen Preisschwankungen, als für die Zwecke der Versorgung mit Waare. Indem diese Kassen für die Erfüllung des Vertrages und die Bezahlung der sich ergebenden Differenzen Gewähr leisten, begünstigen und erleichtern sie das Börsenspiel. — Derartige Kassen sind demgemäß, insbesondere wenn sie von Privatvereinigungen gegründet und verwaltet werden, nicht zuzulassen. — Dagegen empfiehlt sich die Errichtung von unter der Verwaltung und Aufsicht der Börsenorgane stehenden Kassen, welche die Leistung eines festen, nicht zu niedrig bemessenen Einschusses bei Abschluß des Vertrages zur Pflicht machen," wurden durch die gefaßten Beschlüsse für

Digitized by Google

erledigt erklärt (Prot. S. 251, 302). Ein vermittelnder Antrag von Schmoller, welcher die Liquidationskassen amtlicher Aufsicht unterstellen, ihre Errichtung und ihre Statuten an landesherrliche Genehmigung knüpfen, dem Bundesrath den Erlaß von Normativbestimmungen freigeben und die Aufsicht namentlich auf die Unparteilichkeit des Vorstands erstrecken wollte, wurde abgelehnt (Prot. S. 301). Der aus Anträgen von Wiener, G. Cohn und Schmoller (Prot. S. 302, 375, 384) hervorgegangene Vorschlag der Kommission für das Reichsbörsengesetz lautet:

> **6. Liquidationskassen.** Anstalten, welche die Erfüllung von Lieferungsverträgen gegen Einschußzahlung gewährleisten — (Liquidationskassen u. dergl.) —, unterliegen, wenn sie von Privatpersonen oder Vereinigungen gegründet oder verwaltet werden, in Betreff der Einrichtung und Handhabung ihres Geschäftsverkehrs der Aufsicht der betreffenden Börsenbehörde.
>
> Denselben darf die Feststellung der Kurse und Preise, sowie die Anstellung der die Kurs- und Preisnotirungen bewirkenden Personen nur unter Mitwirkung und Verantwortung der Börsenbehörde überlassen werden.

Die Kommission nahm hiernach eine abwartende Stellung ein. Denn daß die allgemeine Börsenaufsicht (oben S. 282) auch Einrichtungen gleich den Liquidationskassen trifft, ist fast selbstverständlich (Prot. S. 295). Die Feststellung der Kurse, die Anstellung der Makler sind Dinge, welche mit dem Wesen dieser Kassen Nichts gemein haben. Die Unmöglichkeit des Ersatzes derselben durch öffentliche Kassen wurde schlagend damit begründet, daß die letzteren niemals eine Gewähr für die Erfüllung der Verträge übernehmen könnten (Bericht S. 40). Inwieweit allerdings nach den hamburger Anschauungen zumal die dortige Börsenbehörde geneigt sein wird, einzugreifen, ist unsicher. Die Vertheidigung, daß die Kasse Sicherheit bietet und die Spekulation eindämmt, ist nur dann richtig, wenn schon der Einschuß nicht zu niedrig bemessen (St. B. S. 2117, 2265) und, wie dies bestritten wurde, gerade bei Krisen der Nachschuß erfordert wird (St. B. S. 2125, 2126, 2131, 2332 f., 3259, 3302). Auch ob eine Kasse bei so geringem Grundkapital, wie die hamburger mit 3 Millionen Mark Grundkapital, von welchem nur 25 Prozent eingeschossen sind (St. B. S. 2122, 2261), volle finan-

Digitized by Google

zielle Gewähr giebt, ist sehr zu bedenken (St. B. S. 2128), während andererseits ein aufgehäuftes Kapital zu eigenen Spekulationen der Kasse verführt (St. B. S. 2127, 2261, 2263). So können hier fast überall auf Gründe Gegengründe gesetzt werden. Jedenfalls wäre das Verbot der Kassen eine für die wirthschaftliche Entwickelung des betreffenden Platzes gefährliche Maßnahme. Waren auch die Meinungen der Kaffeeinteressenten über die Zweckmäßigkeit solcher Kassen sehr getheilt (Register S. 155 f.), so sprachen sich wiederum die Zuckerindustriellen durchaus für dieselben aus (St. B. S. 3241, 3259 ff., 3270, 3284 ff., 3302 ff., 3322) und setzten die Vertreter des Textilgeschäfts wenigstens der technischen Einrichtung keine Bedenken entgegen (St. B. S. 3389 ff.). Es mag sehr zu beklagen sein, daß beispielsweise die havreser Kasse für Kaffee und Wolle die antwerpener Kasse für Kammzug und diese wieder die leipziger Liquidationskasse für denselben Artikel geschaffen hat. Allein nach Lage der Sache wird der Staat in diesen Kampf der Börsen verschiedener Staaten um das Uebergewicht im Handel nur mit sehr vorsichtiger Hand eingreifen können. Ganz richtig sagte der Sachverständige des Kaffeehandels aus Mannheim, trotz der Auffassung, daß die Liquidationskasse das Grundübel der ganzen Mißwirthschaft im Terminhandel sei: „Wenn die Liquidationskasse in Havre besteht, muß sie auch in Hamburg bleiben, sonst würde das Geschäft sich wegziehen und der Hamburger Kaffeehandel geschädigt werden" (St. B. S. 2265 f.). Ueberwiegen die Mißstände in der Zukunft, so hat nach den anderweiten Kommissionsvorschlägen der Bundesrath das Heft in der Hand. Denn da er befugt sein soll, den Terminhandel in bestimmten Werthpapieren oder Waaren zu untersagen oder von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen, kann er sowohl die Liquidationskassen von ungeeigneten Gegenständen zurückdrängen, als auch auf deren Einrichtung wirken.

Digitized by Google

9.

Ueber §. 228 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, §. 223 der zweiten Lesung.

Von **O. Brachvogel**, Landgerichtsrath in Zabern i. Elsaß.

Der Entwurf bestimmt in erster wie zweiter Lesung an den genannten Stellen:

„Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt."

Die Motive zur ersten Lesung des Entwurfs begründen dies damit, daß der Schuldner verpflichtet sei, gerade dasjenige, was er nach dem betreffenden Schuldverhältniß schulde, und zwar vollständig zu leisten. Daraus folge, daß der Schuldner, auch wenn der Gegenstand der Leistung theilbar sei, nicht das Recht habe, nur theilweise zu leisten, der Gläubiger also sich eine nur theilweise Erfüllung nicht gefallen zu lassen brauche. Die Motive beziehen sich ferner darauf, daß die getroffene Bestimmung dem gegenwärtigen herrschenden Rechtszustand entspreche.

In Nachstehendem soll die Stichhaltigkeit dieser Begründung geprüft werden und zwar zunächst, soweit sie auf das bestehende Recht verweist.

I. Was lehrt uns das geltende Recht?

1. Im Allgemeinen zuzugeben ist, daß die fragliche Vorschrift des Entwurfs mit dem bestehenden Rechte übereinstimmt.[1]) Namentlich hat sich im gemeinen Recht, welches ja im Obligationenrecht

[1]) Die Motive verweisen auf Windscheid, Pand. II §. 342 Nr. 2; preuß. A. L.-R. I, 16 §. 57; österr. G.-B. §. 1415; sächs. G.-B. §. 695; code civil Art. 1244 Satz 1, 1220 Satz 1; hess. Entwurf §. 226 Abs. 1, bayr. Entwurf Art. 82 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 239 Satz 2.

Digitized by Google

auch die Grundlage der übrigen in Anmerkung 1 genannten Gesetzgebungen bildet, die anfänglich schwankende Meinung dahin befestigt, daß der Gläubiger im Allgemeinen keine Theilleistungen annehmen müsse. Die Quellen lauten einander widersprechend. Während nach l. 41 §. 1 D. de usuris 22, 1 die Zurückweisung einer bloß theilweise angebotenen Leistung völlig wirkungslos ist und nur dann die Folgen des Verzuges eintreten, wenn der Gläubiger die ihm angebotene vollständige Erfüllung der Obligation zurückgewiesen hat, sagt l. 21 D. de rebus creditis 12, 1:

Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.

Würde letzterer Stelle nicht die oben citirte l. 41 §. 1 D. de usuris, 22, 1 gegenüberstehen, so müßte man sie zweifellos dahin auslegen, daß der Gläubiger zur Annahme von Theilleistungen verpflichtet sei.[2]) Unter den obwaltenden Umständen aber hat sie die mannigfachste Auslegung erfahren: Die Einen halfen sich damit, daß die Digestenstelle nur ein gütliches Zureden des Richters im Auge habe.[3]) Allein dem widerspricht nicht nur der allgemeine Sprachgebrauch des Wortes compellere, sondern auch der Umstand, daß dasselbe hier geradezu im Gegensatz zu non cogere gebraucht wird, also offenbar mit cogere gleichbedeutend sein soll. Sintenis ferner erklärt die Stelle ohne Grund für antiquirt. Bei Weitem die Mehrzahl der Pandektisten legt dieselbe dahin aus, daß bei Einklagung einer Forderung ausnahmsweise die Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme einer Theilleistung eintrete. Indessen gehen auch hier wieder die Ansichten auseinander. Die eine läßt die fragliche Verpflichtung von einer in das Ermessen des Prätors gestellten denegatio judicii abhängig sein[4]) und hält daher die Aus-

[2]) Savigny, Obligationenrecht I S. 322 f. faßt sie trotz l. 21 D. de vel. cred., aus welcher er eine Ausnahme konstruirt, so auf, steht aber mit dieser Ansicht ziemlich allein da.

[3]) Madai, Mora S. 238, Wolff, Mora S. 427.

[4]) So Gesterding, Ausbeute III S. 418, 419 und Dernburg, Pand. §. 55 Anm. 5.

Digitized by Google

nahme für heute nicht mehr zutreffend, weil es eine denegatio judicii nach unserem Civilprozeßverfahren nicht giebt. Die andere Ansicht[5]) erklärt ohne Weiteres den Gläubiger im Falle eines Prozesses für gehalten, das theilweise Zugestandene anzunehmen. Mommsen und Windscheid bemerken jedoch, daß der Gläubiger auch in diesem Ausnahmefalle dann nicht anzunehmen brauche, wenn aus der Beschaffenheit des Gegenstandes sich schon ergebe, daß eine Theilleistung gegen das Interesse des Gläubigers sein würde. Die letztere Auslegung ist wohl jetzt die verbreitetste und auch in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, §. 226, übergegangen. Vgl. auch Motive zu §. 695 des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen unter lit. b. Auch ist sie in der französischen Jurisprudenz vertreten. Vgl. Dalloz, obligation 1768, Pothier, obligation 537. Mag man indessen der letzteren Ansicht sein oder von einer fakultativen denegatio judicii sprechen, so bleibt es doch immerhin nach herrschender Ansicht Thatsache, daß der römische Gesetzgeber es für „humanius" hält, im Falle eines Prozesses den Gläubiger zur Annahme einer Theilleistung für verpflichtet zu erklären. Nun ist es aber zweifellos, daß, wenn im Prozeßfall die Billigkeit es erfordert, eine Theilzahlung zuzulassen, dieser Grund auch sonst nicht minder vorliegen muß. Im Falle eines Prozesses tritt nur die Unbilligkeit des Verbots der Theilleistung am meisten zu Tage. Was ist von einem Rechte des Gläubigers zu halten, welches, wenn die Sache an das Gericht gelangt, als der Billigkeit widersprechend, nicht zur Vollziehung kommen kann? Und wie läßt es sich rechtfertigen, daß es in der Hand des Schuldners liegen soll, den Gläubiger dadurch zur Annahme einer Theilleistung zu zwingen, daß er einen Theil der Schuld bestreitet und einen Verschleppungsprozeß bezüglich dieses Theiles führt, welchen er eventuell durch Erhebung einer Feststellungsklage selbst einleiten kann, während Derjenige, welcher redlicher Weise die ganze Schuld anerkennt und Theilleistung, soweit sie ihm gegenwärtig möglich ist, anbietet, mit dieser nicht ankommen kann? Warum endlich soll, im Falle, daß ein Theil des Anspruchs bestritten ist, der Schuldner erst dann den

[5]) Windscheid, Pand. II §. 342 Nr. 2, Mommsen, Beiträge III S. 109 Note 14.

Digitized by Google

unbestrittenen Theil erfüllen dürfen, wenn es dem Gläubiger beliebt, ihn zu verklagen oder wenn der Schuldner selbst eine etwa zulässige Feststellungsklage erhebt?

Unser Entwurf hat folgerichtig diese Ausnahme des gemeinen Rechts nicht aufgenommen. Allein in der Ausnahme steckte der legislative Grund, welcher zur regelmäßigen Gestattung der Theilzahlung führen mußte. Wenn aber der römische Gesetzgeber einen solchen Grund („humanius“) — obwohl mit unbegründeter Beschränkung auf den Fall des Prozesses — anerkannt hat, so muß der heutige Gesetzgeber um so mehr Veranlassung finden, ihn in Erwägung zu ziehen, als es sich dabei vielfach um die Rücksicht auf den wirthschaftlich Bedrängten handelt. Mögen auch die wirthschaftlichen und sozialen Verhältnisse im römischen Staat in mancher Beziehung mehr zu wünschen übrig gelassen haben, als die heutigen, so ist doch auch zu beachten, daß wir heute einen freien Arbeiterstand haben, an dessen Stelle bei den Römern sich größtentheils Sklaven befanden, welche für das Obligationenrecht fast gar nicht in Betracht kamen. Die Zahl der bei dem Obligationenrecht zu berücksichtigenden wirthschaftlich schlechter gestellten Personen ist daher heute verhältnißmäßig erheblich größer.

Menger geht nun zwar in seiner Schrift „Die besitzlosen Klassen und das bürgerliche Recht“, welche sonst viel Beachtenswerthes enthält, entschieden zu weit, wenn er dem Entwurf erster Lesung geradezu die Tendenz beimißt, die besitzlosen Volksklassen zu unterdrücken. Indessen ist doch namentlich, so weit der Entwurf sich der römischen Ueberlieferung angeschlossen hat, wohl zu prüfen, ob hier und da nicht die Interessen der „Besitzlosen“ oder der Minderbegüterten noch mehr berücksichtigt werden könnten. Noch weniger darf man diese Interessen ohne triftigsten Grund in größerem Maße zurücksetzen, als dies im römischen Rechte der Fall war.

Bei der Frage der Statthaftigkeit einer Theilleistung handelt es sich, wie schon berührt, in vielen Fällen, ja wohl in der Mehrzahl der Fälle, um das Verhältniß des wirthschaftlich Stärkeren zu dem wirthschaftlich Bedrängten. Der Gläubiger, welcher in der Lage ist, eine ihm angebotene Theilleistung zurückzuweisen, wird regelmäßig in guten Vermögensverhältnissen sich befinden. Der Schuldner dagegen, welcher wenigstens Theilleistung anbietet, wird meist wohl den guten Willen haben, seiner Verbindlichkeit vollständig nachzu-

Digitized by Google

kommen, aber augenblicklich nicht über die dazu erforderlichen Mittel verfügen. In der gleichen Zwangslage befindet sich der Schuldner, welcher sich nicht einmal theilweise von seiner Verbindlichkeit befreien kann, wenn der Gläubiger eine von ihm bestrittene Mehrforderung geltend macht und die Leistung des Unbestrittenen zurückweist.

Durch §. 14 Z. 4 des Einführungsgesetzes sind nun bereits die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über Urtheilsfristen und über die Befugniß des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfrist zu gewähren, mit Recht[6]) beseitigt worden. Mit Recht namentlich deshalb, weil solche Vorschriften zu willkürlichen Benachtheiligungen führen können. Der Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch will hieran auch nichts ändern.[7]) Dadurch ist der säumige Schuldner bereits gegen früher schlechter gestellt worden. Die Waffen des Gläubigers sind geschärft worden. Umsomehr gilt es aber, den Schuldner vor der Schärfe dieser Waffen insoweit zu bewahren, als sich das mit den billigerweise zu berücksichtigenden Interessen des Gläubigers irgend vereinbaren läßt.

Nimmt aber das Gesetz diejenigen Fälle aus, in welchen nach den Umständen (zu denen die Beschaffenheit der Leistung gehört) der muthmaßliche Wille der Parteien auf Ausschließung der Theilleistung gerichtet ist, so wird in der Regel ein Interesse des Gläubigers daran, daß keine Theilzahlung erfolge, theils überhaupt nicht vorhanden — vielfach sogar ein entgegengesetztes sein — theils verschwindend gering sein gegenüber dem Interesse des Schuldners an dem theilweisen Erlöschen seiner Schuld.

2. Gemäß §. 273 Zivilprozeßordnung kann der Gläubiger, wenn der Schuldner einen Theil des Anspruchs zugesteht, hierfür Theilurtheil erwirken und dasselbe vollstrecken lassen. Man sollte nun glauben, daß dem Schuldner dementsprechend auch das Recht zustehe, die Annahme des nicht bestrittenen Theiles der Leistung von dem Gläubiger zu verlangen. Dem ist aber nicht so. Vielmehr muß er, falls er für den bestrittenen Theil unterliegt, auch diejenigen Kosten tragen, welche durch Einklagung des nicht bestrittenen Theiles entstanden sind, obwohl §. 89 Zivilprozeßordnung bestimmt, daß,

[6]) Vgl. Motive zum Entwurf der Civilprozeßordnung S. 422 u. 423.
[7]) Vgl. Motive, Bd. II S. 33.

Digitized by Google

wer durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt, die Kosten nicht tragen soll. Er hat zwar dem Kläger die nachher von diesem selbst verlangte Theilleistung erfolglos angeboten, also nach vernünftigem Ermessen insoweit keine Veranlassung zur Klage gegeben. Da er aber gemäß §. 228 beziehungsweise 223 des Entwurfs zur Theilleistung nicht berechtigt war, die Forderung derselben vielmehr lediglich in dem souveränen Belieben des Gläubigers stand, so hat er dennoch von Rechtswegen auch hinsichtlich des nicht bestrittenen Theiles zur Klage Veranlassung gegeben, weil er nicht volle Zahlung geleistet hat! Wie verhängnißvoll dies für den Schuldner werden kann, mag folgendes Beispiel belegen:

Der Gläubiger beansprucht 1000 Mark nebst einjährigen Zinsen zu 5%. Schuldner ist bereit, das Kapital zu zahlen und bestreitet nur seine Verpflichtung zur Zinszahlung. Der Gläubiger verweigert die Annahme des Kapitals, als einer Theilzahlung, und klagt dasselbe mit den Zinsen ein. Wäre das Kapital bezahlt worden, so würde für die Sache das Amtsgericht zuständig sein, ohne daß es der Mitwirkung von Rechtsanwälten bedürfte. Die Gerichtskosten würden sich bei einem Streitwerth von 50 Mark (Betrag der Zinsen) berechnen auf:

1. Verhandlungsgebühr	Mark	2,40
2. Entscheidungsgebühr	=	2,40
3. (falls Beweis erhoben würde) Beweisgebühr	=	2,40
	Mark	7,20

Die Anwaltsgebühr, falls Anwälte überhaupt thätig würden, wäre zu berechnen auf

1. Prozeßgebühr	Mark	3,00
2. Verhandlungsgebühr	=	3,00
3. (eventuell) Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr	=	3,00
	Sa. Mark	2 × 9 = 18,00

Wenn aber das Kapital mit eingeklagt wird, so belaufen sich, falls Anerkenntnißurtheil bezüglich des Kapitals erwirkt wird,

1. die Gerichtskosten (abgesehen von der landesgesetzlichen Titelgebühr) auf mehr	Mark	9,60
Seite . . .	Mark	9,60

Digitized by Google

Uebertrag . . .	Mark	9,60
2. die Prozeßgebühr der Anwälte auf mehr je 25 = ...	=	50,00
3. die Verhandlungsgebühr derselben auf mehr je 14 = ...	=	28,00
	Mark	87,60

Falls aber der Beklagte bezüglich des Kapitals nicht verhandelt, insoweit daher Versäumnißurtheil ergeht,

1. die Gerichtskosten (abgesehen von der landesgesetzlichen Titelgebühr) auf mehr	Mark	29,60
2. die Prozeßgebühr des klägerischen Anwaltes auf mehr	=	25,00
3. die Verhandlungsgebühr desselben auf mehr	=	14,00
	Mark	68,60

Also zum Wenigsten 68,60 Mark Mehrkosten entstehen dadurch, daß es dem Gläubiger nicht beliebt hat, die Zahlung des Kapitals anzunehmen! Wäre über die Zinsleistung ohne Anwälte vor dem Amtsgericht verhandelt worden, so betrüge das Mehr sogar mindestens 86,60 Mark! Die Gesammtkosten der ersten Instanz belaufen sich in unserem Beispiel im günstigsten Falle auf nahezu das Doppelte des eigentlichen Streitgegenstandes von 50 Mark, ohne daß dabei nothwendige Auslagen für Schreibgebühren, Zustellungskosten, Reisekosten, Zeugengebühren u. s. w. in Ansatz gebracht sind! Desgleichen nicht die bei längerer Dauer des Prozesses erheblichen Verzugszinsen. Der Schuldner, welcher die Eventualität vor Augen sieht, daß er hinsichtlich der Zinsfrage unterliegt und daher die ganze Kostenlast tragen muß, wird, vor der Schwere der letzteren zurückschreckend, es vorziehen, auf Austragung der streitigen Fragen zu verzichten und lieber außer dem Kapital die geforderten Zinsen zahlen. Ganz besonders unbillig erscheint die Bestimmung, daß der Gläubiger eine Theilzahlung zurückweisen darf, dann, wenn nur ein Theil des Anspruchs liquid ist und der Schuldner sich zur Leistung dieses Theiles erbietet.[8]) Daß ein Theil illiquid ist, kann der Schuldner unter Umständen gar nicht verhindern.

[8]) Vgl. Motive zu §. 695 des Bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen lit. b.

Digitized by Google

3. Artikel 359 Handelsgesetzbuchs und §. 677 Civilprozeßordnung sprechen beide nicht die Verpflichtung zur Annahme von Theilleistungen aus.[9]) Nach der herrschenden, auch vom Reichsoberhandelsgericht gebilligten Ansicht ist eine solche durch Artikel 359 Handelsgesetzbuchs im Allgemeinen nicht aufgestellt worden.[10]) Soweit aber nach dem Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage derselbe nach Artikel 359 noch zur Leistung eines Theiles und dementsprechend der andere zur Annahme desselben verpflichtet bleibt, steht nicht mehr eine Theilleistung, sondern eine vollständige Leistung dessen, was noch geschuldet wird, in Frage. §. 677 Civilprozeßordnung ferner hat nur solche Theilleistungen im Auge, welche auf Betreiben des Gläubigers selbst bezw. mit dessen Zustimmung erfolgt sind.

4. Dagegen enthält Artikel 38 der Wechselordnung eine wichtige Ausnahme von der Regel des geltenden Rechtes. Der Artikel bestimmt, daß der Wechselinhaber die ihm angebotene Theilzahlung nicht zurückweisen darf. Bei den Verhandlungen über die Aufnahme dieser Bestimmung in die Wechselordnung wurde seiner Zeit[11]) besonders hervorgehoben, daß eine Verpflichtung des Wechselinhabers zur Annahme von Theilzahlungen keinen Interessenten beeinträchtige, manchem Interessenten aber zum Vortheil gereichen könne, namentlich dem Aussteller und dem regreßpflichtigen Indossanten. (Das Interesse des die Theilzahlung anbietenden Wechselschuldners ist nicht hervorgehoben werden, obwohl doch gerade die Lage des bedrängten, aber zahlungswilligen Schuldners die weitgehendste Rücksicht verdient!) Bemerkenswerth ist ferner die Feststellung des Württembergischen Abgeordneten zur Wechselkonferenz, daß in Württemberg der Handelsstand von Heilbronn, wo hauptsächlich Waarenhandel betrieben wird, für die Verpflichtung zur Annahme von Theilzahlungen, die Banquiers aber gegen eine solche Verpflichtung seien; die Banquiers, welche in der Regel als Wechselinhaber die Einziehung des Wechselbetrages besorgen. Dieselben haben als solche, falls der Wechsel nicht honorirt wird, außer den

[9]) Vgl. dagegen Scherer in Das Rheinische Recht und die Reichs- und Landesgesetzgebung S. 312.

[10]) Entscheidungen. Bd. V S. 108.

[11]) Vgl. Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz, herausgegeben von Thöl 1866 S. 77 (Protokoll vom 6. November 1847).

Digitized by Google

6 % Zinsen seit dem Verfalltage gemäß Artikel 50 Wechselordnung eine Provision von $^1/_3$ % zu beanspruchen. Diese Vortheile werden im Falle einer Theilzahlung geschmälert. Ein anderes noch weit bedenklicheres Interesse daran, Theilzahlungen zurückweisen zu dürfen, haben gewisse unsolide Geschäftsleute; dies wird weiter unten noch erörtert werden. Gegen Aufnahme der fraglichen Bestimmung in die Wechselordnung ist laut Protokoll nur eingewendet worden, daß der Inhaber des Wechsels für sein Interesse, nicht aber für jenes seiner Vormänner zu sorgen habe und die Gesetzgebung eine theilweise Erfüllung von Verpflichtungen nicht begünstigen solle. Letzteres Argument würde durchschlagend sein, wenn durch die Verpflichtung zur Annahme einer Theilleistung die theilweise Erfüllung vor der vollständigen Erfüllung begünstigt würde. Dem Gläubiger bleiben aber doch seine Rechte bezüglich des Restes gegen den Schuldner vorbehalten. Diesbezüglich bleibt der Schuldner der Wechselstrenge unterworfen. Das Verbot der Theilzahlung wird daher denselben schwerlich zu größerer Anstrengung, seiner Verbindlichkeit mit einem Mal nachzukommen, anspornen können. Wenn aber auf den mit der Wechselstrenge behafteten Wechselanspruch eine Theilleistung angenommen werden muß, so sollte dies noch viel mehr bei einer gewöhnlichen Schuld der Fall sein, welche im Uebrigen den Gläubiger mit weit geringeren Machtmitteln ausstattet. Bekanntermaßen sucht in der Regel jeder Kaufmann, wenn es ihm irgend möglich ist, für den Verfall eines von ihm geschuldeten Wechsels die Wechselsumme bereit zu halten; andere Schulden kommen erst in zweiter Linie. Trotzdem wurde die Bestimmung des Artikels 38 Wechselordnung erlassen und hat sich seitdem kein Ruf nach Abänderung derselben erhoben.

Man könnte gegen Verallgemeinerung des Art. 38 W.-O. höchstens einwenden: Gegenstand des Wechselanspruches ist Leistung einer Geldzahlung; bei theilweiser Leistung einer solchen kann der Gläubiger nicht so leicht geschädigt werden, wohl aber bei Theilleistungen auf Ansprüche, deren Gegenstand in Lieferung anderer Sachen besteht. Allein es ist, wie bereits oben bemerkt wurde, die Bestimmung ja mit der Einschränkung zu versehen, daß sie nicht zur Anwendung kommt, wenn sie dem aus der Beschaffenheit der Leistung u. s. w. zu entnehmenden Willen der Kontrahenten widersprechen würde. Damit ist den bezüglichen Interessen des Gläubigers bei

Digitized by Google

nicht zu enger Auslegung durch die Gerichte Rechnung getragen. Aeußerstenfalls wäre es schon als ein erheblicher Fortschritt gegen den Entwurf anzusehen, wenn man die Verpflichtung zur Annahme von Theilzahlungen auch nur auf Geldschulden beschränken wollte.

Zu bemerken ist hier schließlich noch, daß, wie oben schon erwähnt wurde, die Kommission zur Berathung der Wechselordnung Rücksicht auf das Interesse der Regreßpflichtigen für erforderlich hielt, daß aber auch bei einer gewöhnlichen (Nicht-Wechsel-) Schuld der Bürge ein Interesse daran hat, daß der Gläubiger eine Theilzahlung nicht zurückweisen dürfe.

Obige Erörterungen lassen keinen Zweifel darüber, daß der gegenwärtig herrschende Rechtszustand doch nicht ohne alle Einschränkung (wie es in den Motiven zu unserem Entwurf geschieht) zu Gunsten der Regelung des Entwurfs angerufen werden kann. Die wichtige Ausnahme des gemeinen Rechts für den Fall des Prozesses und die abweichende Bestimmung der auf fortschrittlicher Grundlage brruhenden Wechselordnung schneiden so tief in die Regel des geltenden Rechts ein, daß sie unmöglich bei Würdigung des letzteren außer Acht zu lassen sind. Insbesondere bedeutet es m. E. einen Rückschritt, wenn der Gesetzgeber die in Art. 38 W.O. enthaltene Bestimmung des Obligationenrechts, welche keineswegs nur auf Besonderheiten des Wechselrechts zurückzuführen ist, gänzlich ignorirt, anstatt den von den Verfassern der Wechselordnung beschrittenen Weg weiter zu verfolgen.

II. Der Grundsatz, daß der Schuldner gerade dasjenige, was er nach dem betreffenden Schuldverhältniß schuldet, und zwar vollständig zu leisten hat.

Gegen diesen Satz an sich läßt sich nichts einwenden. Auch nichts dagegen, daß die Statthaftigkeit einer Theilleistung demselben widersprechen würde. Allein, daß diese Regel (welche im geltenden Rechte bei Theilleistungen auf Wechsel und im Prozeß ihre Ausnahmen erfährt) keine zu strenge sein soll und gewisse Ausnahmen zu Gunsten des Schuldners duldet, hat der Entwurf selbst im §. 231 erster Lesung und §. 227 zweiter Lesung dadurch anerkannt, daß er dem Schuldner gestattet, vor der bestimmten Zeit zu leisten. Auch daß die Leistung rechtzeitig (nicht früher und nicht später, als bedungen) erfolge, gehört zur Vollständigkeit derselben.[12]) Wenn

[12]) Vgl. Motive, Bd. II S. 37.

Digitized by Google

die Leistung des Ganzen vorzeitig erfolgt, so kann dies den Gläubiger mehr schädigen, als eine rechtzeitige Theilleistung. Es wird ihn jedenfalls in der Regel mehr schädigen, als eine vorzeitige oder rechtzeitige Theilleistung.

Warum soll der Gläubiger, welcher zum 1. Dezember 1000 Mark zu fordern hat, am 1. April schon 1000 Mark annehmen müssen, nicht aber 500 Mark? Wenn er hohe Zinsen von dem Schuldner erhält, so wird die Rückgabe von nur 500 Mark mehr in seinem Interesse liegen, als die von 1000 Mark. Macht ihm ferner die Wiederanlage um die fragliche Zeit Schwierigkeit, so wird ihm in der Regel auch die vollständige Rückzahlung von 1000 Mark lästiger sein, als die von 500 Mark. Es lassen sich freilich auch Fälle denken, in welchen das Interesse des Gläubigers umgekehrt durch die Theilleistung mehr geschädigt wird. (Bezüglich des Wechselinhabers wurde bei Schaffung des Art. 38 W.O. überhaupt jedes negative Interesse an einer Theilzahlung verneint.) Allein der Gesetzgeber faßt richtiger das Regelmäßige ins Auge, es den Parteien überlassend, für den Ausnahmefall Vorsorge zu treffen, anstatt die Ausnahmefälle der gesetzlichen Regelung zu Grunde zu legen.

Der Entwurf erhält allerdings hinsichtlich der Zeitbestimmung die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes, daß das Geschuldete vollständig (also auch zur richtigen Zeit) zu leisten sei, scheinbar dadurch aufrecht, daß er die zu Gunsten des Schuldners getroffene Ausnahme in eine Auslegungsregel kleidet.[13]) Indessen auch die von uns erstrebte Statthaftigkeit der Theilleistung soll nur dispositives Recht werden, welches lediglich dazu bestimmt ist, den Willen der Betheiligten, für den Fall, daß nicht ein anderer aus dem Rechtsgeschäft selbst u. s. w. sich ergiebt, gesetzlich festzulegen.

Aus vorstehenden Ausführungen dürfte zur Genüge sich ergeben, daß die fragliche Bestimmung des Entwurfs zu ändern ist. Es sollte, falls nicht das Gegentheil durch das Rechtsgeschäft bestimmt ist oder aus den Umständen, zu welchen die Beschaffenheit der Leistung gehört, sich ergiebt, der Gläubiger zur Annahme einer Theilleistung verbunden sein.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß der Wucherer aus jener Bestimmung des Entwurfs Vortheile zu ziehen in der Lage ist.

---

[13]) Vgl. Motive, Bd. II S. 38.

Digitized by Google

Der Wucherer hat vielfach nicht nur ein Interesse an dem Fortgenuß der ganzen Zinsen, sondern auch ein Interesse daran, unter Zurückweisung der angebotenen Theilleistung den Schuldner wegen der ganzen Forderung in der Hand zu behalten, ihn dadurch gelegentlich in größere Verlegenheit zu versetzen und dies zu umfangreicheren Zugeständnissen zu benutzen. Es ist aber noch wichtiger und wirksamer, die Gelegenheit zur Bewucherung zu vermindern, als Strafandrohungen gegen den Wucher zu erlassen. Letztere führen erfahrungsmäßig selten zur Bestrafung des versteckten Wuchers.

Schließlich soll noch der etwaige Einwand berücksichtigt werden, daß durch Anbietung ganz geringfügiger Theilleistungen der Gläubiger chikanirt werden könne. Dieser Fall wird selten vorkommen. Ist die Schuld bereits fällig, so besitzt der Gläubiger überdies meist die Macht, den Schuldner zur Leistung eines größeren Theiles oder des Ganzen zu zwingen. Eine Ausnahmebestimmung nach dieser Richtung zu treffen, dürfte aber aus denselben Gründen nicht zweckmäßig sein, aus welchen gemäß Motiven Band I S. 274 von dem allgemeinen Verbot, ein Recht nur aus Chikane auszuüben, abgesehen worden ist. Auch bei Berathung der Wechselordnung wurde ein Antrag, die Verpflichtung zur Annahme einer Theilleistung beim Anbieten eines zu geringfügigen Theiles auszuschließen, auf dagegen erhobene Bedenken vom Antragsteller zurückgezogen.

Digitized by Google

10.

Das Preußische Kleinbahnengesetz vom 28. Juli 1892 für das bürgerliche Recht.

Vom Syndikus Dr. **Karl Hilse** in Berlin.

In New-York wurde schon 1852 die Unzulänglichkeit der gangbaren Fahrgelegenheiten zur rechtzeitigen und sachgemäßen Befriedigung des Bedarfs nach öffentlichen Verkehrsmitteln erkannt. Zur Abhülfe dieser Verkehrsnoth verfiel Loubat auf den Gedanken, in den öffentlichen Straßenkörper Schienen einzulegen, um auf denselben einen Bahnbetrieb für den Orts- und Vorortsverkehr einzurichten. In Deutschland kam die Erkenntniß der Zweckmäßigkeit, Straßenbahnbetriebe zu eröffnen, erst 13 Jahre später; denn der am 22. Juni 1865 eröffnete Betrieb auf dem von Moller zwischen Berlin und Charlottenburg angelegten Schienenwege war der erste in Deutschland. Die Staatsverwaltungen und Gesetzgebungen legten ursprünglich dem neuen Verkehrsmittel nur eine geringe Bedeutung bei. Zwar hatte die bayerische Verordnung vom 20. Juni 1855 bereits den Fall vorgesehen, daß der Straßenkörper zu Bahnzwecken Benutzung finden würde, und war in Hamburg am 28. September 1864 ein besonderes Gesetz erlassen worden, um die Ausführung der dort geplanten Pferdebahn zu ermöglichen, dagegen hatten die übrigen Staaten sich daran genügen lassen, die Straßenbahn als Straßengewerbe im Sinne der Gewerbeordnung §§. 37, 40, 76 zu behandeln.

Die großartige Entwickelung, welche das Straßenbahnwesen in Deutschland während der ersten 25 Jahre seines Bestandes erreicht hatte, in Verbindung mit der wirthschaftlichen Bedeutung, welche für mannigfache Verwaltungsgebiete daraus entstanden war, ließen 1892 in Preußen eine gesetzliche Regelung der Bahnbetriebe

Digitized by Google

für den Orts- und Vorortsverkehr wünschenswerth erscheinen. Den Abschluß fand die diesbezügliche Bewegung vorläufig durch das Gesetz vom 28. Juli 1892 über die Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen, welches inzwischen noch durch die ministerielle Ausführungsanweisung vom 22. August 1892 eine gewisse Ergänzung gefunden hat.

Das Gesetz ordnet keineswegs lediglich öffentlich-rechtliche Verhältnisse, greift vielmehr in mannigfacher Beziehung in das Bereich des bürgerlichen Rechtes über. Soweit es das Letztere thut, ist seine Besprechung an dieser Stelle umsoweniger ungeeignet, als bereits an mehreren Orten Streitfälle den ordentlichen Gerichten theils schon unterbreitet sind, theils zur Entscheidung vorgelegt werden sollen. Dabei sind nicht einmal bloß diejenigen Betriebe, welche ausschließlich auf preußischem Gebiete geführt werden, sondern darüber hinaus noch alle diejenigen durch das Gesetz getroffen, welche Preußen überhaupt nur berühren, z. B. der Betrieb von Hamburg nach Altona oder Wandsbek, von Offenbach nach Frankfurt a. M., von Bremerhaven nach Geestemünde u. a. m. Zur Zeit dürften folgende Fragen als die brennendsten zu bezeichnen sein.

I. Zum Zustandekommen der Straßenbahnen mußte schon vor dem Inkrafttreten des Kleinbahnengesetzes die staatsbehördliche Genehmigung und die Zustimmung des Straßeneigenthümers in die Benutzung des Straßenkörpers zum Gleiseinbau zusammentreffen. Denn die ursprüngliche Auffassung, daß aus der Bestimmung der öffentlichen Wege, dem Verkehre zu dienen, die Befugniß abzuleiten sei, sie zur Aufnahme eines neuen Verkehrsmittels umzugestalten, ist für Preußen durch das Urtheil des Oberverwaltungsgerichtes vom 29. Dezember 1883 (Entscheidungen Band 10 Seite 198) für irrthümlich erklärt und deshalb allgemein aufgegeben worden. Die somit unerläßliche Zustimmung des Straßeneigenthümers in den Gleiseinbau setzt eine Willenserklärung desselben voraus, sich des aus dem Eigenthume entspringenden Widerspruchsrechtes gegen Benutzung des Straßenkörpers durch dessen Umgestaltung zu einem Schienenwege zu begeben. Sie zu ertheilen ist das freie Recht des Straßeneigenthümers gewesen, dessen Entschließung durch keine gesetzlichen Grenzen beengt war.[1]) Er durfte die Genehmigung nach

[1]) Mein Handbuch der Straßenbahnkunde (München 1892/93) §§. 60—62, 166—169, 215, 258, I. S. 161—174, II. S. 117—131, 267 ff., 362 ff.

Digitized by Google

seinem Belieben ablehnen oder an ihm genehme Bedingungen knüpfen, ohne daß eine Möglichkeit bestand, ihm die Genehmigung auf anderem Wege abzuzwingen, als durch die Gewährung des Zwangsenteignungsrechtes, wozu es indeß nur ein einziges Mal gekommen war.[2])

Unverkennbar gehört die Zustimmung zum Gleiseinbau, weil sie als Ausfluß des Eigenthums am Straßenkörper einzutreten hatte, in das Gebiet der Vermögensrechte. Anfänglich unentgeltlich ertheilt, so daß das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ein freigebiges war, wurde mit der Erkenntniß, daß manche Betriebe dem Unternehmer reichen Gewinn abwarfen, die Einbaugenehmigung nur noch im Wege lästiger Rechtsgeschäfte ausgesprochen und an mehr oder weniger harte Gegenleistungen geknüpft. Inhaltlich bestanden dieselben in

a) Naturalleistungen, durch Uebernahme der Reinigung und Unterhaltung des Straßenpflasters zwischen den beiderseitigen Schutzstreifen,

b) Zahlung einer Benutzungsgebühr oder Ersatz des Aufwandes, welchen die Straßenherstellung für den vom Gleiseinbau eingenommenen Theil verursacht hatte,

c) Gewinnung von Rechten z. B. zum Erwerbe des Schienenweges bei Ablauf einer gewissen Zeit oder bei Eintritt gewisser Bedingungen, zur Bestimmung der abzugebenden Menge von Beförderungsleistungen nach täglicher Betriebsdauer und abzulassenden Zügezahl, zur Bemessung der Fahrpreishöhe,

d) Erlangung eines Einspruchsrechtes gegen eine unliebsame Betriebserweiterung oder der Einräumung eines Gleismitbenutzungsrechtes an Dritte.

Weil der Eigennutz mancher Straßeneigenthümer in Ueberschätzung des muthmaßlichen Erfolges neu geplanter Betriebe bisweilen zu übermäßigen Forderungen führte, welche das Zustandekommen wünschenswerther Bahnanlagen zum Schaden des Gemeinwohles vereitelten,[3]) hat Gesetz vom 28. Juli 1892 in §§. 6, 7 dem

[2]) Nämlich durch Erlaß vom 15. April 1885 zu Gunsten des Anschlußgleises zwischen Berlin und Charlottenburg.

[3]) Nach Straßenbahnkunde §. 158 II. 85 ergaben unter 223 Betriebsabschlüssen 89 das Ausbleiben jedes Gewinnes oder einen Verlust, 50 einen Gewinn von weniger als 5% und nur 84 einen solchen von mehr als 5%

Digitized by Google

freien Belieben des Straßeneigenthümers in Verwerthung seines Widerspruchrechtes gegen den Gleiseinbau nach doppelter Richtung eine Grenze gezogen, nämlich durch

1. Bestimmung der Forderungen, welche Gegenstand der zu bedingenden Leistungen des Bahnunternehmers nur noch sein dürfen,
2. Ordnen des Verfahrens, in welchem die fehlende Zustimmung ergänzt und das Maß der zu gewährenden Gegenleistung rechtswirksam festgesetzt werden dürfen.

Unverkennbar liegt darin ein Eingriff in das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers und damit eine Beschränkung des Eigenthums, weil die entzogene Möglichkeit, aus dem Eigenthumsbestandtheile des Widerspruchsrechtes den genehmen Nutzen zu ziehen, einer theilweisen Entwerthung der Sache gleichkommt. Gleichwohl ist derselbe keineswegs unnatürlich. Denn darf zum Besten des Gemeinwohles ein Gegenstand gegen volle Entschädigung enteignet werden, so muß auch ein Eigenthumsbestandtheil für das Gemeinwohl beansprucht und der entgegenstehende Wille des Eigenthümers gebrochen werden können. In Wahrheit handelt es sich in der gesetzlichen Vorschrift nur um eine Art der Zwangsenteignung, welche der ganzen Sachlage entsprechend wesentlich erleichtert und vereinfacht ist. Die Wirkung des Zustimmungsbeschlusses läuft also auf eine Zwangsenteignung des Widerspruchsrechtes zum Gleiseinbau für die von der Verwaltungsbehörde festzusetzende Zeitdauer und gegen die von ihr zu bemessenden Gegenleistungen hinaus.

Eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen der allgemeinen Zwangsenteignung wird nur dadurch hergestellt, daß die durch den Ergänzungsbeschluß getroffene Entscheidung im Rechtswege nicht anzufechten ist, während über die Entschädigungssumme, welche der Enteignungsbeschluß festsetzt, im ordentlichen Rechtsverfahren noch gestritten werden kann. Für diesen Unterschied ist die Erwägung maßgebend gewesen, daß bei der Heranziehung von Straßen zu Bahnzwecken es sich nur um eine neue Verwendungsform des Straßenkörpers für Verkehrszwecke handelt, zu denen er von vornherein bestimmt ist, sodaß derselbe keineswegs seiner ursprünglichen Bestimmung entzogen, sondern nur einer weiteren, mit der ursprünglichen verwandten zugeführt wird, und daß die Sache selbst dem Eigenthümer verbleibt.

Digitized by Google

Zu bezweifeln wird jedoch kaum sein, daß unter der Herrschaft des Kleinbahnengesetzes die Straßeneigenthümer aus den Bahnbetrieben nicht mehr denjenigen Vermögensvortheil werden ziehen, welcher in letzter Zeit üblich war,[4]) daß sie auf manche Einnahmen, Rechte und Erleichterungen werden verzichten und sich vielfach an dem mittelbaren Nutzen werden genügen lassen müssen, welchen die Belebung des Orts- und Vorortsverkehrs durch den Bahnbetrieb den betheiligten Gemeinden unabweisbar bringt.

II. In dieser jedenfalls nicht ungerechtfertigten Annahme liegt solchen Betriebsunternehmern, welche außergewöhnlich hohe und mit ihren Einnahmen nicht im Einklang stehende Lasten zu tragen, oder unter störenden Beschränkungen der Betriebsfreiheit zu leiden haben, der Wunsch nahe, ihre Verpflichtungen auf ein billiges Maß zurückgeführt zu sehen. Gestützt auf die Gesetzesauslegung befragter Rechtskundiger halten sie für möglich, durch Abgabe einer Erklärung, sich und ihren Betrieb dem neuen Gesetze zu unterwerfen, die bestehenden Vertragsverbindlichkeiten unwirksam zu machen und eine Neuordnung ihres Rechtsverhältnisses zu dem Straßeneigenthümer zu erreichen. In dieser Erwartung täuschen sie sich jedoch.

Zwar bestimmt Gesetz vom 28. Juli 1892 §. 53, daß die Unternehmer bestehender Betriebe sich dem neuen Gesetze unterwerfen und dadurch die Vortheile aus demselben gewinnen können, setzt jedoch hinzu, daß wohlerworbene Rechte Dritter dadurch nicht berührt werden. Dieser Zusatz bringt den gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck, bestehende Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes rechtswirksam bleiben zu lassen, wenn sie auf rechtsverbindliche Weise in gesetzmäßiger Form zu Stande gekommen waren und nicht etwa den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes widersprechen, sowie mit dem Gemeinwohle verträglich sind. Danach werden lästige Konzessions-

[4]) Die Stadtgemeinde Berlin hat z. B. an Straßenbenutzungsgebühr von der Großen Berliner Pferdeeisenbahn-Aktiengesellschaft für 1893 = 1128808,77 Mark und während der bisherigen Vertragsdauer (Januar 1880 bis 31. Dezember 1893) 10006961,17 Mark, von der Neuen Berliner Pferdebahngesellschaft seit 1880—1892 weitere 496665,75 Mark und von der Berliner Pferdeeisenbahngesellschaft von 1882—1892 (der bisherigen Vertragsdauer) 152689,61 Mark erhoben, wozu noch namhafte Vortheile durch Naturalleistungen, gezahlte Pflasterrente, Zuschüsse zu Straßenverbreiterungen u. s. w. treten. Die Abgabenhöhe aus anderen deutschen Orten ist beziffert in meiner Straßenbahnkunde §. 167 II 119 ff.

Digitized by Google

bedingungen unter dem neuen Rechte selbst dann ihre Gültigkeit behalten, wenn sie jetzt nicht mehr gestellt und begründet werden dürften. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob sie in Vertragsform zu Stande gekommen waren und damit eine ausdrückliche Erklärung des Betriebsunternehmers vorliegt, sie als rechtsverbindliche zu erfüllen, oder ob sie einseitig in der Genehmigungsurkunde gefordert waren und das Einverständniß des Unternehmers nur aus der Thatsache abzuleiten ist, daß er widerspruchslos den Einbau des Schienenweges bewirkte.

Ist danach zwar grundsätzlich dafür zu halten, daß die in Einbauverträgen vereinbarten oder durch einseitige Genehmigungserklärung geforderten Leistungen, Berechtigungen und Beschränkungen fortbestehen, so sind gleichwohl gewisse Ausnahmen von dieser Regel zu machen.

a) Gemeinüblich haben die Straßeneigenthümer sich den unentgeltlichen oder entgeltlichen Erwerb des verlegten Schienenweges nach Ablauf der genehmigten Einbaufrist oder bei Eintritt gewisser Bedingungen (z. B. Betriebseinstellung, Vermögensverfall) vorbehalten. Dieser Vorbehalt ist selbstredend nur für denjenigen Theil eines mehrere Gemeinden berührenden Bahnnetzes gemacht worden, welcher im Straßenkörper des genehmigenden Eigenthümers ruhen würde. Die Ausübung dieses Erwerbsrechtes würde zu einer Zerstückelung des einheitlichen Bahnnetzes und damit zur Vereitelung eines einheitlichen Durchgangsverkehres führen. So würde z. B. das Bahnnetz der Großen Berliner Pferdebahn für die in ihrem Weichbilde liegenden Theile von Berlin, Charlottenburg, Dalldorf, Mariendorf, Martinickenfelde, Pankow, Reinickendorf, Rixdorf, Schöneberg, Tegel, Tempelhof und Treptow beansprucht werden können.

Nun bestimmt Gesetz vom 22. Juli 1892 §. 6[3], daß der Erwerb der Bahn nur im Ganzen gegen angemessene Schadloshaltung ausbedungen werden dürfe. Wie weit greift diese Bestimmung in die unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründeten Erwerbsrechte ein? In dieser Richtung werden die Einheitlichkeit und die Entgeltlichkeit des Erwerbs getrennt zu behandeln sein.

Daß ein Bahnnetz nicht zerstückelt, die einheitliche Betriebsführung nicht erschwert, der Durchgangsbetrieb nicht vereitelt werde,

Digitized by Google

ist für die sachgemäße Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses im Orts- und Vorortsverkehre wünschenswerth und dient damit dem Gemeinwohle. Der Staat hat somit allen Grund, einer Bahnnetzzerstückelung entgegen zu wirken. Dies trifft ebenso gut für bestehende wie für erst geplante Bahnen zu. Deshalb ist allerdings dafür zu halten, daß künftig die einzelnen Erwerbsberechtigten nur noch gemeinsam das ganze Bahnnetz erwerben können, sich also zur gemeinsamen Ausübung ihrer Einzelrechte verbinden müssen, und daß nicht mehr jeder Einzelne den ihm verschriebenen Theil abgezweigt verlangen darf. Unverkennbar wird dies oft fast unbesiegbare Schwierigkeiten bieten und greift in die Vermögensrechte der Betheiligten störend ein. Man denke z. B. daran, daß das Erwerbsrecht der Stadt Berlin 1911 und das der Nachbargemeinden erst 1916 oder noch später fällig wird. Der Betriebsunternehmer kann zur Aufgabe der Bahn im Ganzen mithin frühestens 1916 gebracht werden, sodaß die Gemeinde Berlin mit Ausübung ihres Rechtes bis dahin warten müßte, was gleichsam einen Zwang zur Verlängerung der Einbaufrist auf weitere 5 Jahre an den bisherigen Unternehmer herstellt. Auch wird die Verständigung zwischen den einzelnen Erwerbsberechtigten keine leichte sein und für den, welchem die Ausübung der Gesammtrechte überlassen wird, muthmaßlich die Zahlung von Abfindungssummen an die zurücktretenden Mitberechtigten nöthig machen.

Die Anhänger der Gegenansicht, deren Zahl übrigens sehr gering ist, wollen den Straßeneigenthümern, welche ihr Erwerbsrecht aus der Vorzeit des Kleinbahnengesetzes ableiten, solches unverändert erhalten wissen. Sie übersehen jedoch, daß der Erwerb eines Bahnnetztheiles im Geltungsbereiche des Kleinbahnengesetzes werthlos sein würde, wenn ihn selbst die Staatsgewalt zulassen müßte. Denn zur Erhaltung des einheitlichen Betriebes würde sie kraft ihres Hoheitsrechtes dem Theilerwerber die Betriebsgenehmigung versagen und solche dem Unternehmer des Restes belassen. Dieser bedürfte allerdings einer Zustimmung des Eigenthümers, welche jedoch im Wege des Ergänzungsbeschlusses gemäß §. 7 zu ersetzen sein würde und aus naheliegenden Rücksichten für den öffentlichen Verkehr muthmaßlich ersetzt werden würde.

Hinsichtlich der Entgeltlichkeit liegt die Sache wesentlich anders. Daß künftig nur noch das Erwerbsrecht gegen Entgelt soll erlangt werden

Digitized by Google

dürfen, ist der Absicht entsprungen, dadurch den Bahnbau zu fördern und das Privatkapital für ihn mehr flüssig zu machen. Dieselbe Rücksicht besteht bezüglich früherer Unternehmungen nicht. Deshalb fehlt jeder stichhaltige Grund, den Unternehmern einen Vermögensvortheil dahin zu verschaffen, daß sie für ihren Schienenweg Bezahlung bekommen, auf die sie bei ihren Voranschlägen, Rücklagen und Abschreibungen nicht gerechnet hatten und nicht rechnen durften. Mithin wird unentgeltliche Ueberlassung auf Grund diesbezüglicher Abmachungen unter der Geltung des Kleinbahngesetzes gefordert werden können und zugebilligt werden müssen.

b) In zahlreichen Einbauverträgen haben die Gemeindeverwaltungen als Straßeneigenthümer sich ein Mitbestimmungsrecht über die Menge und den Preis der feilzuhaltenden Beförderungsleistung vorbehalten. Ueberwiegend ist dies in der Form geschehen, daß den Unternehmern bei Vermeidung von Vertragsstrafen untersagt wird, Züge zu anderen Zeiten oder in geringerer Anzahl abzulassen und andere Preise zu erheben, als von der Gemeinde gutgeheißen sein würde. Ist zwar der Gemeinde das Recht nicht abzusprechen, sich einen Einfluß auf den Fahrplan und den Beförderungspreis zu sichern, so hat sie doch noch immer nicht die Macht, die Ablassung von Zügen zu Zeiten und in Formen, welche die Polizei für unstatthaft erklärt, und die Erhebung von Preisen zu verlangen, welche die polizeiliche Taxe überschreiten. Soweit ein polizeiwidriges Verhalten verlangt wird, ist die bezügliche Abrede wirkungslos, weil sie etwas Unerlaubtes und damit Undurchführbares zum Gegenstande hat. Mithin bleiben alle desfallsigen Vertragsrechte der Gemeinden nur soweit in Kraft, als sie sich in den Grenzen bewegen, welche die Polizei gemäß §. 14 dem Betriebsunternehmer ziehen darf, während darüber hinaus ihre Wirkung wegfällt. Namentlich kann von einem Verfalle von Vertragsstrafen keine Rede sein, wenn das vertragswidrige Verhalten auf rechtmäßigem Zwange der Polizei zur Vornahme oder Unterlassung der bezüglichen Handlung beruhte.

c) Die gleichfalls häufige Abrede, daß der Unternehmer ohne Zustimmung des Straßeneigenthümers den eingelegten Schienenweg nicht an Dritte zur Mitbenutzung überlassen dürfe, wird umsomehr für rechtsbeständig zu erklären sein, als das Reichsgericht bei wieder-

Digitized by Google

holter Prüfung das Rechtsverhältniß zwischen Straßeneigenthümer und Betriebsunternehmer, betreffend den Gleiseinbau, für Miethe erklärt hat und gesetzlich der Miether zur Weiterbegebung seines Rechtes der Zustimmung des Vermiethers bedarf.

Anders steht es mit der Abrede, seinen Geschäftsbetrieb über bestimmte Grenzen nicht auszudehnen und fremde Schienenwege nicht zu erpachten. Denn dadurch wird nicht nur in die gesetzliche Gewerbefreiheit des Unternehmers ungehörig eingegriffen, sondern auch zum Schaden des Gemeinwohles die Einrichtung von Durchgangs- und Uebergreifslinien hintertrieben. Indem die Gewerbefreiheit öffentlich-rechtlicher Natur ist und der Durchgangsverkehr dem Unternehmer aus Gründen des Gemeinwohles vorgeschrieben werden darf, würden die beregten Beschränkungen unter der Herrschaft des Kleinbahnengesetzes kaum bestandsfähig und jedenfalls wirkungslos sein, sodaß eine Klage auf Einstellung des Durchgangsverkehrs oder Einschränkung des ausgedehnteren Betriebes keinen Erfolg verspricht.

III. Daß der Straßeneigenthümer früher berechtigt war, den Straßenkörper zum Einbau unentgeltlich zu überlassen, auf die Unterhaltung und Reinigung des Straßenkörpers durch den Betriebsunternehmer zu verzichten, ihn zum Unternehmen vielleicht sogar durch Baarzuschüsse oder Zinsgewähr zu ermuthigen, galt bisher für unstreitig und ist in einzelnen Fällen geschehen. Jetzt bestimmt §. 6², daß mangels anderweitiger Vereinbarung der Betriebsunternehmer zur Unterhaltung und Wiederherstellung des zum Einbau benutzten Wegetheiles verpflichtet sei. Hieraus haben verschiedene Begutachter die Ansicht vertreten, daß die Unterhaltungs- und Wiederherstellungspflicht eine gesetzliche sei, auf die nicht verzichtet werden dürfe, weil sie auf öffentlichem Rechte beruhe. Sie legen nämlich den Worten mangels anderweitiger Vereinbarung die Bedeutung bei, daß zwar mehr, aber nicht weniger verlangt und zugestanden werden dürfe. Hierin irren sie; denn nicht bloß in der Begründung des Entwurfs, sondern auch bei der Berathung beider Häuser des Landtages ist wiederholt zur Sprache gekommen, daß für manche Strecken Unternehmer nicht zu finden sein würden, wenn sie nicht Zuschuß oder mindestens Erleichterung der Lasten zugesichert erhalten sollten. Man hat also an Zuschüsse und Ver-

Digitized by Google

zicht auf Vortheile gedacht, weshalb eine Aenderung des früheren Gebrauchs keineswegs beabsichtigt war. Durch die fragliche Vorschrift sollte vielmehr nur den Behörden, welche eine mangelnde Zustimmung zu ergänzen berufen sind, die Weisung gegeben werden, wo ihre Macht eine Grenze findet, daß sie nämlich den Einbau nicht genehmigen dürfen, wenn der Unternehmer die Unterhaltung und Wiederherstellung des Wegetheiles ablehnt, während der Straßeneigenthümer darauf besteht.

IV. Bekanntlich hat das Reichsgericht die in den Urteln vom 27. Juni 1884 und 29. Juni 1888 ausgesprochene Ansicht, daß in den zwischen dem Straßeneigenthümer und Bahnunternehmer geschlossenen Verträgen, betreffend die Gleiseinbaugenehmigung die Merkmale der Miethe zu finden seien, weshalb sie dem Miethsstempel unterliegen, erst neuerdings durch Urtel vom 27. März 1893 (Just. Min. Bl. LV 285 ff.) noch aufrecht erhalten und hatte demgemäß das preußische Finanzministerium seine noch unter dem 19. November 1883 vertretene Auffassung, daß Verträge der beregten Art vom Miethsstempel freizulassen und als Innominatverträge zu behandeln seien, zu Gunsten der reichsgerichtlichen Auffassung verlassen, wie dessen Bescheide vom 28. Januar 1886 und 29. Juni 1891 darthun. Jetzt hält es nach einem Bescheide vom 13. Januar 1894 dafür, daß von dem weiteren Verfolgen der auf Zahlung des Miethsstempels gerichteten Ansprüche Abstand zu nehmen sei, weil nach dem Gesetze vom 28. Juli 1892 über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen das auf Erlangen der Gleiseinbaugenehmigung gerichtete Abkommen als Pachtvertrag nicht mehr aufgefaßt werden könne, indem es vielmehr nur die Bestätigung einer Straßenbenutzungsart ausspricht, welche der Natur des Weges inne wohne und kraft öffentlichen Rechts ertheilt werde. Folgeweise ist für Anwendbarkeit der in den vorerwähnten Reichsgerichtsurteln geförderten Rechtsgrundsätze künftig in Preußen keine Gelegenheit mehr.

Weitere Streitfragen vermögensrechtlicher Natur werden erst entbrennen, wenn das Kleinbahnengesetz länger in Geltung sein wird. Die berührten nicht unbesprochen zu lassen, schien um so

Digitized by Google

dringender, als die Hoffnung der Staatsregierung, den Straßenbahnbau unter der Einwirkung des neuen Gesetzes schnell aufblühen zu sehen, wesentlich aus dem Grunde bisher unerfüllt geblieben ist, weil Vermögen nur für solche Unternehmungen gewagt wird, bezüglich welcher volle Klarheit besteht, daß man in der Erwartung seines Wiedereinbringens durch den Betrieb in keiner Täuschung ist und daß man keine unvermuthete Vergewaltigung zu befürchten braucht.

Digitized by Google

11.

Civilistische Rundschau.

Von Dr. Paul Oertmann.

I. Rechtsphilosophie und allgemeine Rechtslehre.

Die Ausbeute an eigentlich rechtsphilosophischen Arbeiten ist in unserer diesmaligen — freilich kurzen — Berichtsperiode nur gering. Sie beschränkt sich auf einen geistvollen und anregenden Vortrag Hölder's[1]) über die vielumstrittenen Probleme des objektiven und subjektiven Rechts: Gebiete also, die der Verfasser schon verschiedentlich fruchtbringend in Angriff genommen hat. Der Grundgedanke des vorliegenden Schriftchens ist der, daß objektives und subjektives Recht keine absoluten Gegensätze bilden, daß ersteres dem letzteren gegenüber keine Priorität zu beanspruchen hat, vielmehr erst im einzelnen subjektiven Rechtsverhältniß seine Realität erlangt. Das Verhältniß ist dem der Gemeinschaft zur individuellen Existenz analog. „Wie der Einzelne ein Glied der Rechtsgemeinschaft ist, so sind die Rechtsverhältnisse, in denen er steht, Bestandtheile des die sämmtlichen Rechtsgenossen umfassenden Gesammtrechtsverhältnisses" (S. 18). — Im Verhältniß zu den Rechtsgenossen kann die Gemeinschaft weder Rechte noch Pflichten haben, da die Geltung ihres Willens ihnen gegenüber eine unbegrenzte ist, wovon auch die sogenannten Grundrechte keine Ausnahmen bilden, da sie nicht dem Staat, sondern seinen Organen gegenüber bestehen (S. 33). Der „Anhang" behandelt die Rechtsnormen; hier findet sich eine eigenthümliche Unterscheidung von Gebot und Befehl: letzterer ist „nur das durch die Möglichkeit rechtlichen Zwanges gegen den Verpflichteten in seiner Erfüllung gesicherte Gebot" (S. 49). Daß diese in dem Vortrag kurz skizzirten originellen Ideen zu manchen Zweifeln und Bedenken Anlaß geben, dürfte auf der Hand liegen: jedenfalls haben sie das Verdienst, dem Leser reiche Anregung zu bieten.

Allgemeineren Inhalts und daher hier anzuführen sind noch drei weitere Vorträge von Meili,[2]) Dürrnberger[3]) und Schuler.[4]) Der erstere, von

[1]) Ed. Hölder, Professor in Leipzig, Ueber objektives und subjektives Recht. Ein Vortrag. Leipzig 1893, Deichert Nachf., 51 S.

[2]) Dr. F. Meili, Professor in Zürich, Die neuen Aufgaben der modernen Jurisprudenz. Wien 1892, Manz, 63 S.

[3]) Dr. Adolf Dürruberger, Der Einfluß sozialistischer Postulate auf das Privatrecht. Wien 1893, Konegen, 75 S.

[4]) Dr. Fr. Schuler v. Libloy, Ueber wichtige Rechtsschöpfungen der Neuzeit (Rektoratsrede). Czernowitz 1894, Pardini, 15 S.

Digitized by Google

dem unseren Lesern wohlbekannten Schweizer Vorkämpfer moderner Rechtsentwickelung und -wissenschaft in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehalten, steht entschieden am höchsten, er ist voll von selbstständigen Gedanken, dabei klar, anregend und interessant auf jeder Seite. „Das moderne Leben stellt an die Juristen hohe Anforderungen", in diesen Worten liegt die Grundidee von Meili's Ausführungen. Um ihnen zu genügen, kann die bislang übliche Beschränkung auf das römische und das betreffende nationale Recht nicht genügen, „wir müssen die Erde in ihrer Totalität juristisch erfassen" (S. 8). Freilich hat das römische Recht Centrum des Rechtsunterrichts zu bleiben: auch da, wo es nicht mehr gilt (S. 46). Aber daneben müssen wir den Satz aufstellen, daß das moderne Recht seine Kraft doch in sich hat (S. 48); „die Jurisprudenz ist nicht ein Archiv für Alterthum und Pfahlbauten, sondern ein dem realen Leben gewidmetes Haus". Das Programm des Verfassers hat im Einzelnen folgende Punkte:

a) Die geschichtliche Entwickelung des Rechts muß erkannt werden durch Erforschung der vorrömischen Rechte — denn das römische Recht ist nicht völliges Originalwerk, es ist vielmehr das vorhandene Rohmaterial in der ewigen Stadt „zum kunstvollen Kosmos vereinigt worden", s. S. 23 — wie der Rechte aller Kultur- und Naturvölker. Goldschmidt's Werk kann dabei zum Muster dienen (S. 19). Unseres Erachtens gehen hier die Forderungen des Verfassers, so sehr wir den „berechtigten Kern" anerkennen, etwas weit; wenn wir wirklich Sanskrit studiren und alle möglichen morgenländischen Sprachen treiben würden, dann möchte die Kraft gar Mancher für unsere wichtigste Thätigkeit — die Erforschung unseres eigenen modernen Rechts — erlahmen. Unseres Erachtens muß sich die vergleichende Rechtswissenschaft in weitem Umfange mit guten Uebersetzungen begnügen dürfen.

b) Unser „Zeitalter des Verkehrs" verlangt nicht nur wissenschaftlich, sondern auch praktisch eine Berücksichtigung des internationalen Rechts, das die Anwendbarkeit dieses oder jenes Landesrechts auf den Einzelfall bestimmt. Diese Wissenschaft ist um so aktueller, als die Gesetzgebung auf diesem Gebiete so überaus dürftig erscheint (S. 24 ff.).

c) Damit in Verbindung steht eine ausgiebige Berücksichtigung der leider noch so vielfach vernachlässigten vergleichenden Rechtswissenschaft, die zugleich die Zwecke einer Universalrechtsgeschichte fördert (S. 34 f.). Hier ist Verfasser unseres Erachtens unvollständig; die in unseren Augen ganz besonders wichtige Aufgabe der Schaffung einer neuen und zeitgemäßen, ihren Stoff nicht aus dem Blauen konstruirenden, sondern aus dem positiven Recht und insonderheit der Rechtsvergleichung schöpfenden Rechtsphilosophie erwähnt er nicht, obwohl es sehr nahe gelegen hätte. Uebrigens sind die Bemerkungen S. 36 u. 37, die Vorschläge S. 38 — Anlegung von Sammlungen bestehender Gesetze — sehr zeitgemäß und hoffentlich dereinst von Erfolg gekrönt.

d) Im Rahmen des einheimischen ist das soziale und Industrierecht von der Jurisprudenz aufzugreifen (S. 42).

e) Desgleichen verdient das öffentliche Recht weitestgehende Bearbeitung — der ausschließlich civilrechtlich geschulte Jurist ist nicht im Stande, der

Digitized by Google

gegenwärtigen Zeit wirksam zu dienen (S. 54). Vorzüglich sind die Staatswissenschaften, die politische Bildung mit dem juristischen Studium in Verbindung zu bringen.

f) Auch mit der angeblichen Möglichkeit eines Weltrechtes beschäftigt sich Meili und erklärt sie für einen noch nicht einmal schönen Traum (S. 18). Ansätze dazu sind andererseits vorhanden, und es giebt Rechtsgebiete, wie das Wechselrecht (S. 10ff.), die ihre internationale Beschränktheit mehr oder weniger abgestreift haben oder es doch thun werden.

So hat die Rechtswissenschaft — dieses Facit ist aus dem trefflichen Vortrag zu ziehen — gewiß keine Veranlassung, über ihr angebliches Epigonenthum zu klagen, wie dies ab und zu geschieht; neue Probleme, schwieriger vielleicht als die bisher gelösten, tauchen fortwährend auf. Wenn also die Wissenschaft, wie der Mensch, mit ihren größeren Zwecken wächst, so ist gute Hoffnung vorhanden, daß sie von ihrem jetzigen Wendepunkt der Entwickelung (S. 7) aus zu neuem, ungeahntem Fortschritt gelangen werde.[5])

Auch Dürrnberger's Vortrag ist interessant und höchst zeitgemäß. Er führt uns vor, wie die Anforderungen des Sozialismus auf das geltende Recht Deutschlands und Oesterreichs in der neuesten Gesetzgebung mehr und mehr Einfluß und Eingang gewonnen haben. Dies in vierfacher Richtung: 1. in Beschränkung und Belastung des Besitzes zu Gunsten der Allgemeinheit; 2. in Beschränkung der Vertragsfreiheit zu Gunsten der Schwachen; 3. in Sicherung der dringendsten Bedürfnisse der Arbeiter für den Nothfall; 4. in Schaffung von Organisationen der besitzlosen Klassen (S. 40). Der Grund für diese Annäherung liegt weniger in der Furcht vor der sozialistischen Propaganda, als vielmehr im Geist der modernen Zeit, wie er in der Rechtsphilosophie durch Ihering zum markantesten Ausdruck gebracht ist (im Gegensatz zur historischen Schule, S. 27, 29). Ueberall leuchten in der modernen Sozialgesetzgebung „Ansätze einer neuen Rechtsanschauung hervor, deren Ziel eine gerechtere Gütervertheilung ist, welche aber (?) auf dem Wege zu diesem Ziel tief in unsere geltende Privatrechtsordnung eingreift" (S. 72). Wie sich das in Zukunft auch gestalten mag: die Ausbildung der starren römisch-rechtlichen Begriffe hat ihren Höhepunkt überschritten (S. 74).

Schuler's Rede giebt in kurzen Zügen einen Ueberblick über die Grundprinzipien der modernen Rechtsbildungen, als deren vornehmster Zug ihm „die Vermittelung zu kosmopolitischer Gestaltung" (S. 13) erscheint.

II. Rechtsgeschichte.

Auf dem, für unsere Zwecke überhaupt weniger in Betracht kommenden, Gebiete der Rechtsgeschichte sind wenige Neuheiten zu verzeichnen. Puchta's Institutionen sind in neuer — zehnter — Auflage, von Krüger wiederum besorgt, erschienen: das beste Zeichen dafür, daß das klassische Werk neben allen jüngeren Schöpfungen auf diesem Gebiet noch immer seinen Platz

[5]) Der Kontakt des Meili'schen Vortrages mit dem Programm gerade unseres Archives und den Ideen Kohlers mögen unser sehr ausgiebiges Eingehen auf ihn rechtfertigen. Oertmann.

Digitized by Google

behauptet. Ob es ſich nicht aber empfehlen würde, wenn der Herausgeber aus ſeiner auch diesmal wieder beobachteten Zurückhaltung etwas mehr herausträte?

Von der Zeitſchrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeſchichte liegt wieder ein neuer — der vierzehnte — Band vor, der ſich ſeinen Vorgängern durch die Gediegenheit der Abhandlungen und Rezenſionen (darunter eine umfaſſende von Leonhard über Petrazycki's „Fruchtvertheilung") würdig anreiht.

Einen ſelbſtſtändigen Beitrag zur Geſchichte des Römiſchen Privatrechts bietet Bruckner[6]) in ſeiner Habilitationsſchrift. Ohne in der Sache beſonders viel Neues zu geben, enthält die kleine gutgeſchriebene Arbeit eine intereſſante und leſenswerthe Skizze über die Entſtehung des Fideikommiſſes als Inſtituts zuerſt der Sitte und hernach des Rechts. Daß das Fideikommiß ſich in der republikaniſchen Rechtsordnung keine Anerkennung verſchaffen konnte, dafür gab es nach Bruckner zwei Gründe:

a) im Civilrecht fehlte es „für die damalige Rechtsanſchauung durchaus an einem Anknüpfungspunkt für den Rechtsanſpruch des Fideikommiſſars" (S. 11, 22) — ihm, dem am Vertrage zwiſchen Erblaſſer und Erben nicht Betheiligten, eine Klage zu gewähren, dazu hätte es der Anerkennung der Verträge zu Gunſten Dritter bedurft;

b) auch das imperium konnte hier keinen Rath ſchaffen; denn wir treffen die prätoriſche Kognition nirgends, wo die definitive Feſtſtellung des Rechts zwiſchen zwei ſtreitenden Parteien primär in Frage kam" (S. 25). So konnte erſt das befreite imperium des princeps die „Erlöſung" bringen (S. 50). Die Grundlage des neuen Inſtitutes lag in einer Anerkennung der voluntas defuncti; von einem Recht des Fideikommiſſars konnte man eigentlich nicht ſprechen, wie der Sprachgebrauch beweiſt — daher kam es denn auch nicht auf ſeine perſönlichen Fähigkeiten an (S. 68 ff.).

III. Gemeines Civilrecht.

a) Syſtematiſche Werke.

Wohl zweifellos die hervorragendſte Erſcheinung unſerer an guten Büchern nicht armen Berichtsperiode iſt Regelsberger's Pandektenwerk,[7]) von dem der erſte Band nunmehr vorliegt. Er behandelt auf 717 Seiten den Allgemeinen Theil, ſteht alſo an Umfang ſämmtlichen anderen modernen eigentlichen Pandektenwerken voran. Hinter dem Umfang des Gebotenen dürfte der Werth und die Bedeutung des Buches ſchwerlich zurückſtehen. Es iſt durchaus vollſtändig und erſchöpfend, zeugt überall von einer vollkommenen Beherrſchung des enormen Stoffes. Wenn Verfaſſer in der Einleitung treffend bemerkt, daß der, welcher die hier einſchlägigen Fragen behandeln will, auf einer höheren

[6]) Fr. X. Bruckner, Zur Geſchichte des Fideikommiſſes, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ſogenannten extraordinaria cognitio. Rechtshiſtoriſche Studie. München 1893, Ackermann, 82 S.

[7]) Dr. Ferdinand Regelsberger, Profeſſor in Göttingen, Pandekten. Erſter Band. Leipzig 1893, Duncker & Humblot, XVIII u. 717 S.

Digitized by Google

Warte stehen muß, als auf der des bloßen Romanismus, so darf konstatirt werden, daß er dieser so klar erkannten schwierigen Aufgabe vollauf gerecht geworden ist. Dabei ist sein Urtheil stets reiflich erwogen, ruhig und abgeklärt. Kein Liebhaber verletzender Polemik, läßt Regelsberger auch dem Gegner stets Gerechtigkeit widerfahren und drängt dem Leser niemals seine bloß subjektiven Ansichten auf. Sein nüchtern und klar, ohne rhetorischen Pomp vorgetragenes Urtheil blendet nicht, aber es überzeugt, und wo es dies, was ja unausbleiblich ist, gelegentlich nicht vermag, fordert es den Andersdenkenden zu ernster Nachprüfung und Beachtung auf.

So trägt das Buch einen sozusagen objektiven Charakter, es erinnert in seiner Schreibart an die klassische Ruhe der Savigny'schen Schriften: wie ein klarer, breiter und ruhiger Strom fließt die Darstellung in ständigem Gleichmaß weiter, ohne den Leser — denn ein Lehr- und nicht ein Nachschlagebuch ist es, was Verfasser giebt — durch lange Anmerkungen und Häufung von Citaten zu ermüden. Dabei ist die Darstellung stets faßlich und konkret.

Regelsberger ist letzthin kein Freund abstrakter Spekulationen — zwar geht er keiner noch so abstrakten Frage zag aus dem Wege, zwar behandelt er sogar solche Lehren, wie die des subjektiven Rechtes, des Anspruches mit Ausführlichkeit und nicht ohne Geschick: aber seine Hauptstärke liegt in der Erfassung des Konkreteren, in der Berücksichtigung der Erfordernisse des Verkehrs und der praktischen Wirkung des Rechts. Es dürfte unverkennbar sein, daß die Ideen Ihering's, seines großen Kollegen, gerade in der Tiefe bei ihm gewirkt haben. Bezeichnend ist für Regelsberger die stetige Verweisung auf andere Rechtsgebilde, namentlich das Handelsgesetzbuch, während die Präjudiziensammlungen vielleicht noch stärker hätten benutzt werden können. Kein strenger Romanist, wie Windscheid, neigt er dazu, vielfach eine Weiterbildung des Rechts auf moderner Grundlage anzuerkennen. Sollte er dabei, was Referent freilich nicht unbedingt behaupten will, hier und da der bei „aufgeklärten" Romanisten naheliegenden Gefahr erlegen sein, dem Römischen Recht modernere Ideen unterzuschieben, als es wirklich gehabt hat, so wäre das jedenfalls für einen Bearbeiter des heutigen Römischen Rechts in unseren Augen kein schlimmer Vorwurf. — Der geschilderte Standpunkt ähnelt offensichtlich dem Dernburg'schen, so sehr sich Verfasser sonst von dessen Darstellungs- und Denkweise unterscheidet: hätten beide vor dem gordischen Knoten gestanden, so würde ihn Regelsberger entwirrt oder zur Entwirrung doch sein Bestes versucht, Dernburg zerhauen haben.

So ist das treffliche Werk ein würdiges Seitenstück zu den mancherlei vorzüglichen Handbüchern, die uns die Binding'sche Sammlung bislang beschert hat, und eine in seiner Art äquivalente Leistung zu unseren beiden zur Zeit maßgebenden Pandektenwerken von Windscheid und Dernburg. Wenn man am ersteren den begrifflichen Scharfsinn, die vollständige Anführung und feinsinnige Beurtheilung der Litteratur, am letzteren die Virtuosität von Darstellung und Sprache, den genialen Blick für das Wesentliche und Praktische am meisten rühmt, so möchten wir das vorliegende Werk — ohne ihm jene Vorzüge geradezu abzusprechen — in erster Linie als mustergültiges Hand- und Lesebuch

Digitized by Google

prädiziren. Ersetzen kann es den Windscheid gewiß nicht, schon wegen der größeren Oekonomie in Litteraturangaben — darin hat ein anderer Beurtheiler (Endemann) vollkommen Recht —, und eine neue Bearbeitung dieses Meisterwerkes bleibt nach wie vor Bedürfniß: wie die Personen, so sind auch die Werke eines Dernburg, Windscheid, Regelsberger nichts weniger als fungible Größen: wären sie es, so wäre auch das Beste an ihnen dahin.

Nur kurz mag auf Einzelnes hingewiesen werden. S. 12: das römische Recht ist in complexu recipirt[8]), übrigens hat die Streitfrage keine erhebliche praktische Bedeutung. S. 18 finden sich treffende Sätze über den bleibenden Werth des römischen Rechts, S. 59 goldene Worte über die sozialistische und individualistische Rechtsgestaltung und die zwischen beiden innezuhaltende richtige Mitte, S 61 f. gediegene Ausführungen über Recht, Sittlichkeit und Sitte. Besonders sympathisch berühren gerade den Referenten in unserer Zeit des nackten Positivismus (Bekker und im Grunde doch auch Bergbohm) die Bemerkungen S. 68 f. über das Naturrecht, das zwar nicht mit unmittelbarer Geltung das Gemeinleben beherrscht, aber trotzdem nicht unterschätzt werden darf. „Die in der denkenden Menschheit sich fortentwickelnde Anschauung von der gerechten und zweckmäßigen Ordnung der Lebensverhältnisse erzeugt die Antriebe zur Weiterbildung des positiven Rechts, zur Erhaltung seines Einklanges mit den Bedürfnissen des jeweiligen Rechtslebens“ (S. 71). Als besonders wohlgelungen erscheinen noch die Ausführungen S. 155 f. über Analogie, die sorgfältige und umfassende Erörterung des internationalen Privatrechts (S. 161—184); endlich ganz besonders — auch hierin stimmen wir Endemann bei — die über die juristischen Personen (S. 289—356): eine der besten Partien des ganzen Buches, das hier alle anderen Lehrbücher überragt. Man lese die glänzende Widerlegung der nun wohl demnächst der ihr gebührenden Rumpelkammer zu überantwortenden Fiktionstheorie — wen sie nicht überzeugt, der ist nicht zu kuriren. Nicht so vollkommen sind wir mit Regelsberger's Konstruktion der Stiftung und der hereditas jacens (S. 293, 296) einverstanden, in denen wir trotz aller Bedenken den Willen des Stifters bezw. Erblassers fortwirkend ansehen möchten (er findet das Subjekt in dem „sozialrechtlichen Organismus“): doch über solche Fragen wird sich immer streiten lassen. Daß Verfasser für die Korporation keine Staatsgenehmigung fordert, ist von seinem Standpunkt aus fast selbstverständlich (S. 312). Sehr gut handelt er über die Grenzen von Korporation und Sozietät, cf. namentlich S. 317. Die Annahme, daß das Gut des untergegangenen Vereins an den Fiskus falle, hat im Verfasser einen entschiedenen und überzeugenden Gegner S. 337 f.

Der Begriff der Sache ist nicht nach rein mechanischen, sondern nach veränderlichen wirthschaftlichen Gesichtspunkten festzustellen (S. 366). Genauer wird untersucht, ob und inwieweit danach der einheitliche Charakter der Herde im Recht Ausdruck gefunden hat (S. 371). An öffentlichen Flüssen giebt es kein Privateigenthum des Staates (S. 425).

[8]) Also auch „aufgeklärte“ Romanisten können diese leider vielfach verketzerte richtige Ansicht vertreten!

Digitized by Google

Besonders bedeutsam ist wieder die Behandlung der Rechtsgeschäfte, eines dem Verfasser aus früheren Arbeiten naheliegenden Gegenstandes (S. 487 f). Seine Theorie ist nach Ansicht des Referenten in ihren Grundzügen als die richtige anzusehen. Sie läßt sich etwa als „modifizirte Willenstheorie" bezeichnen; man darf nämlich in zwei wichtigen Gruppen von Fällen nicht bei dem sonst grundsätzlich maßgebenden Willen des Erklärenden stehen bleiben:

a) im Interesse der Verkehrssicherheit,

b) bei Verschulden des Erklärenden.

Lenel's bekannte Theorie von der wirthschaftlichen Absicht erfährt unter voller Anerkennung ihres berechtigten Kerns im Uebrigen eine desto wirkungsvollere Ablehnung (S. 489). Als Folge des wesentlichen Irrthums ist nur relative, keine absolute Nichtigkeit anzunehmen (S. 526). Die Windscheid'sche „Voraussetzung" hat Regelsberger — mit Recht — bekämpft (S. 606), überhaupt den modus nicht bei Bedingung und Befristung, sondern beim „Inhalt des Geschäftes" behandelt.

Darf Referent sich erlauben, andererseits auch zu einzelnen Punkten Bedenken zu äußern, so muß er zunächst gegenüber den Bemerkungen S. 75, 200 an seiner Auffassung des subjektiven Rechts und der Dinglichkeit (Jahrb. Bd. XXXI) festhalten (zu S. 200: beschränkt ist hier nur wirksame Geltendmachung bezw. Dauer, nicht Natur und Charakter des absoluten Rechtes). Ablehnen möchte er auch die wenigstens interimistische Zulassung subjektloser Rechte (S. 79), die Abweisung eines gemeinsamen Ursprungs des Rechts aus dem Willen der Gemeinschaft (S. 84, 89). Nicht einverstanden ist er mit der Einzelentscheidung S. 188 oben, mit der Ablehnung der exceptio plurium (S. 283), mit der S. 534 angenommenen Nichtigkeit der erzwungenen letztwilligen Verfügung; der Identifizirung von relativer Nichtigkeit und (unmittelbarer) Anfechtbarkeit (S. 635) — schon in der Art der Geltendmachung dürften Unterschiede zu finden sein. Endlich erscheint uns der Begriff der exceptio nicht mit Regelsberger S. 684 entbehrlich geworden; er mag den bedeutsamsten Theil seiner Anwendung verloren haben — aber ist nicht die heutige „rechtsverfolgende Einrede" im Sinne Thon's ihrem Kerne nach wesentlich dasselbe wie die römische exceptio — Paralysirung eines vorhandenen Rechts durch ein Moment, das jenes als solches und völlig nicht zu beseitigen vermag?

Doch dies und anderes sind streitige und zweifelhafte Punkte, in denen Manche gerade dem Verfasser unbedingt beistimmen werden, um dafür vielleicht in andern Fragen ihm zu widersprechen. Derlei Einzelfragen sind für die gesammte Beurtheilung eines Werkes wie des vorliegenden ganz unerheblich. In ihm hat sich Verfasser in unseren Augen schon jetzt ein monumentum aere perennius gesetzt, dessen Bedeutung die formelle Geltung des römischen Rechts weit überdauern wird und dessen weiterer Fortführung wir mit Spannung und großer Erwartung entgegensehen.

Digitized by Google

Zwei kleinen Schriftchen darf auch neben Regelsberger's Meisterwerk eine Zeile gegönnt werden. Die eine, deren Verfasser mit geschlossenem Visir auftritt,[9]) soll dem Studirenden beim Gebrauch von Dernburg's Pandekten förderlich sein; bei deren Bedeutung gewiß ein ganz dankenswerthes Unterfangen. Sie giebt zu Dernburg's Paragraphen kurze und klar formulirte Fragen, hie und da unter gleichzeitiger Verweisung auf die einschlägigen Quellenstellen, die Reichsgesetze und die gebräuchlichste sonstige Litteratur. Wir können der Arbeit, die durch eine lesenswerthe Vorrede in Gestalt eines Briefes eingeleitet wird, nur Gutes und vor Allem eine weiteste Verbreitung unter den Studirenden wünschen: Referent weiß aus eigener Erfahrung, daß es für diese kaum etwas Instruktiveres giebt, als die in solchen Hülfsbüchern enthaltenen Fragen mit der Feder in der Hand nach dem Kollegheft oder Lehrbuch zu beantworten. Auch dem Dozenten kann das Schriftchen für das Pandektenkonversatorium schätzbare Dienste leisten.

Die andere Arbeit von Meister[10]) giebt ohne litterarischen und gelehrten „Ballast" eine fast mehr als knappe Uebersicht über das Pandektenrecht, ist somit natürlich wissenschaftlich völlig werthlos. Da Verfasser aber andererseits bei der Zusammenfassung des Materials nicht ungeschickt und im Allgemeinen ganz sorgfältig verfahren, seine Darstellung eine recht übersichtliche ist, so mag das Heftchen dazu dienen, vom Studirenden vor dem Examen noch zur letzten knappen Repetition des Gelernten verwendet zu werden. Auch dem Laien giebt es Gelegenheit, sich vorkommenden Falls aus dem Gröbsten über die Stellung des römischen Rechts zu informiren. Andererseits liegt die Gefahr solcher Publikationen darin, daß sie den Studirenden öfters verleiten, nur aus ihnen ihre Weisheit zu schöpfen — und dann ist der Erfolg auch meistens danach!

b) Allgemeiner Theil.

Eine kleine Schrift von Meili[11]) über die Exekution gegen Gemeinden geht zwar von der entsprechenden österreichischen Gesetzesvorlage aus, giebt aber dabei auch allgemeinere Gesichtspunkte. Jener Entwurf ist nach Meili nicht weitgehend und bestimmt genug. Die Frage, welches Vermögen der Gemeinden zur Exekution verwendet werden könne, muß dem Belieben der Verwaltungsbehörden entzogen und den Gerichten überwiesen werden. Hierbei ist die zuerst von Laband für das Staatsrecht aufgestellte Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen zu verwerthen (S. 27); nur letzteres kann der

---

[9]) Hilfsbuch zum Studium der Pandekten, insbesondere zu Dernburg's Pandekten. Abtheilung I Allgemeiner Theil und Sachenrecht. Berlin 1893, H. W. Müller, XIII und 140 S.

[10]) Dr. Wilh. Meister, Landrath zu Marggrabowa, Repetitorium des Pandektenrechts für Studirende und Prüfungskandidaten. Aufl. 2. Göttingen 1893, Vandenhoeck & Ruprecht, 165 S.

[11]) Dr. F. Meili, Professor in Zürich, Das Exekutionsverfahren gegen Gemeinden mit besonderer Rücksicht auf die österreichische Gesetzvorlage. Wien 1893, Manz 33 S.

Digitized by Google

Exekution unterstehen. Verfasser nimmt auf einen von ihm seiner Zeit verfaßten Gesetzentwurf Bezug, den er der Schrift einfügt; in demselben finden sich Artikel 4 die einzelnen Bestandtheile beider Vermögensklassen aufgezählt (S. 28). — Uebrigens hat das Gemeine Recht doch auch schon ähnliche Unterscheidungen zwischen fiskalischem und öffentlichem Gut aufgestellt.

Selbstständige und auf jeden Fall beachtenswerthe Ansichten vertritt C. Adler[12]) in einem Artikel über den Rechtsirrthum. Er bekämpft den Satz der herrschenden Lehre, daß der Rechtsirrthum unentschuldbar sei, daß also gewissermaßen prinzipiell Jedermann als Kenner des Gesetzes angesehen werde, als falsch — „zwischen Rechts- und Thatirrthum besteht kein Gegensatz bezüglich der Entschuldbarkeit" (S. 152). Das Recht fordert nicht, daß wir es kennen, es gilt vielmehr ohne Rücksicht auf unser Wissen und Willen, weil und insoweit seine Anwendung auch auf den Unwissenden gerecht ist (S. 153). Das trifft natürlich nicht ausnahmslos zu, sondern nur bei den Gesetzesbestimmungen: a) die nach Meinung des Gesetzgebers an sich gerecht wären, auch mangels positiver Satzung, b) ferner nur dann, „wenn das Gesetz nicht gekannt oder ignorirt würde, wenn es vor der Unwissenheit prinzipiell Halt machen müßte" (S. 213). Im „Exkurs" wird das Ersitzungserforderniß des Titels auf denjenigen Besitzer eingeschränkt, welcher die Sache unmittelbar von Beginn der Ersitzung inne hatte. Dies ist unseres Erachtens ein sehr zweifelhafter, jedenfalls nicht voll bewiesener Punkt, während wir den anderen erwähnten Grundgedanken der werthvollen Arbeit entschieden sympathisch gegenüberstehen.

Dem Allgemeinen Theil gehört noch am ehesten an eine ebenso eigenartige wie hervorragende Schrift von L. v. Petrazycki, dem unseren Lesern aus der Besprechung Bd. VII S. 393 bereits bekannten jungen Verfasser der „Fruchtvertheilung", der er nun in überraschend kurzer Frist ein zweites größeres Werk über das Einkommen folgen läßt.[13]) War jene erste Arbeit geeignet, in Betreff ihres Autors hochgespannte Erwartungen zu erwecken, so hat er sie durch sein neues Werk nicht nur erfüllt, sondern womöglich noch übertroffen. Dasselbe zeigt ebenso gründliche, mit kritischem Blick vereinte Quellenkenntnisse, wie Originalität des Denkens und der Auffassung. Wir halten Petrazycki's Arbeiten für geeignet, der Wissenschaft ganz neue Perspektiven zu eröffnen, zumal sie, die sich auf dem Grenzgebiete zwischen Rechts- und Wirthschaftswissenschaft bewegen, einem tiefgefühlten Bedürfniß unserer Zeit und unserer Wissenschaft entgegenkommen. Nehmen doch die Bestrebungen des Verfassers keinen niederen Flug als den, eine neue Wissenschaft zu schaffen, die er „Civilpolitik" nennt und der er die Aufgabe zuweist, „sich mit der sozialen Wirkung der Sätze des

---

[12]) Dr. C. Adler, Privatdozent in Wien, Die Wirkungen des Rechtsirrthums mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel, Ihering's Jahrbücher Bd. XXXIII S. 149—224.

[13]) Leo von Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I: Grundbegriffe. Berlin 1893, H. W. Müller, XII und 344 S.

Digitized by Google

Civilrechts zu befassen, den Geist der Zeit zu verstehen und der Entwickelung des Civilrechts die richtige allgemeine Richtung zu verschaffen" (S. 339).

Referent muß sich an dieser Stelle versagen, zu diesen und anderen Grundgedanken der bedeutenden Schrift mit der ihr gebührenden Ausführlichkeit Stellung zu nehmen, er verweist auf seinen demnächst darüber in Grünhut's Zeitschrift zu veröffentlichenden ausführlicheren Artikel und giebt hier nur noch im gröbsten Umriß die positivrechtlichen Ideen des Verfassers, die sich auf einem bislang in der Litteratur wie Gesetzgebung ziemlich vernachlässigten Gebiete bewegen. Das Einkommen besteht entweder im rein persönlichen Einkommen (quaestus) oder in dem für Rom viel bedeutsameren Kapitaleinkommen (fructus). Es ist zunächst das rohe Einkommen; um die wirklichen Einnahmen, das Reineinkommen festzustellen, sind die Verwendungen, die „Passiven der Früchte", abzuziehen. Für beides, das rohe wie das reine Einkommen, wird der Ausdruck fructus gebraucht (S. 144). Zum (Roh-) Einkommen gehört nur der regelmäßige, wiederkehrende Ertrag einer Sache, nicht einmalige Einnahmen, wie etwa der thesaurus. Damit ergiebt sich auch die gemeinhin verkannte fundamentale Bedeutung des wirthschaftlichen Maßes der Nutzung für den Fruchtgenuß (S. 125 ff.). Als Frucht gilt nur dasjenige, was ein ordentlicher Wirth für Einkünfte vom Bodenkapital hält. Analog kommen als Abzug vom Bruttoeinkommen nur die in den Quellen sogenannten impensae utiles, nicht auch die necessariae in Betracht, da letztere keine wiederkehrenden, sondern nur einmalige Ausgaben bilden; sie sind Kapitals-, jene Einkommensverwendungen (S. 153, 158).

Fructus im Sinne von Reineinkommen ist nun etwas ganz Anderes als das Roheinkommen. Während letzteres aus einem Quantum körperlicher Sachen besteht, ist ersteres nur „ein zu liquidirender Inbegriff von abstrakten Aktiven und Passiven", „eine reine Abstraktion, welche weder die Luft noch die Nerven eines praktischen Wirths verdirbt, sondern nur im Gebiete der Gedanken existirt" (S. 201). Juristisch konstruirt, ist der Fruchtbegriff eine universitas juris (S. 200 ff).

Wie man schon aus diesen wenigen Bemerkungen ersieht, enthält unser Werk nicht weniger als eine nagelneue Frucht- und eine ebensolche Impensentheorie, dazu treten noch werthvolle Erörterungen über die Summission beim Nießbrauch (S. 95 ff.), ferner eine belehrende geschichtliche Untersuchung über die Begriffe fructus, reditus und quaestus (S. 221 bis 268), endlich eine zwar überall beachtenswerthe und vielfach zutreffende, aber doch wohl etwas weitgehende Kritik des Entwurfes.

Um nur mit wenigen Worten unsere eigene Stellung anzudeuten, so stimmen wir der Grundidee der Petrazycki'schen Fruchtlehre vollauf bei, wenn auch bei einigen Punkten — wie in der Summissionsfrage — die juristische Konstrukion, die von dem civilpolitischen Standpunkt des Verfassers überhaupt vielleicht etwas zu sehr in das Hintertreffen gedrängt wird, nicht ganz unbedenklich ist. Jedenfalls brauchen wir aber neben dem weiteren Petrazycki'schen noch einen sozusagen engeren Fruchtbegriff, der uns in den Fragen des Eigenthumserwerbes (durch Separation, Perception u. s. w.) vorwiegend interessiren wird und der auch in den Quellen hervortritt („fructus stantes, pendentes, separati" etc.);

Digitized by Google

mit dem weiteren Begriff des Einkommens würden wir, so bedeutsam er sonst ist, in solchen Punkten nicht auskommen.

Es darf erhofft werden, daß der verheißene zweite und dritte Band des epochemachenden Werkes baldigst folgen mögen.

c) Sachenrecht.

Eine zugleich gemein- und partikularrechtliche Arbeit liegt in Schelcher's [14]) Enteignungsrecht vor. Sein umfangreiches Buch ist eine fleißige, durch umfangreiche Berücksichtigung der zahlreichen gemeinrechtlichen Litteratur und durch eindringendes Verständniß der schwierigen Materie ausgezeichnete Leistung, die zu stets beachtenswerthen, meist beifallswürdigen Resultaten gelangt und den Leser durch klare und präzise Darstellungsweise erfreut. So darf das Studium des Buches ganz allgemein — auch dem preußischen Juristen — als lohnend und fördernd empfohlen werden.

Verfasser will mit der Aufgabe, die er sich gestellt, zunächst ein für das sächsische Enteignungsrecht, das sich in zahlreichen Sondergesetzen zerstreut findet, dringend fühlbar gewordenes Bedürfniß befriedigen; aber auch das gemeine Recht — als welches sich ihm „gewisse allgemeine Grundsätze" darstellen, „welche sich gegenüber den verschiedenen Partikularrechten als gemeines deutsches Enteignungsrecht hinstellen lassen und sich zu diesen Einzelrechten so verhalten, wie das gemeine deutsche Privatrecht zu den Kodifikationen des bürgerlichen Rechts in den Einzelstaaten" — bedarf trotz der grundlegenden Werke von Meyer, Grünhut und Rohland angesichts der ständigen weiteren Ausbildung der Materie einer Neubearbeitung (S. VII).

Schelcher behandelt im ersten Theil zunächst (Abschnitt I) die rechtliche Natur der Enteignung und ihre Wirkungen im Allgemeinen; sie ist ihm die auf Grund öffentlichen Rechtes erfolgte Entziehung eines Gegenstandes des Privateigenthums zur Durchführung eines öffentlichen Unternehmens (S. 2) — wo letztere Zweckbestimmung fehlt, da ist auch keine Enteignung vorhanden, ebensowenig nach Schelcher dann, wenn andere Rechte als das Eigenthum ergriffen werden — eine unseres Erachtens sicherlich zu weit gehende Behauptung angesichts der Aufhebung von Servituten, Miethrechten ꝛc. an den expropriirten Sachen, die doch nicht einfach als Eigenthumssplitter aufgefaßt werden dürfen. Es folgt eine lichtvolle Uebersicht über die einzelnen Theorien der Expropriation: die privatrechtlichen lehnt Schelcher mit Recht ab, um ihren Grund im Anschluß an Laband lediglich in einem publizistischen Akt der Staatsgewalt zu suchen (S. 15 ff.), nicht etwa, wie manche Vertreter der publizistischen Theorie es ungenau formuliren, im Gesetz selbst (S. 20). Folglich führt für Verfasser der Enteignungsakt nicht, wie für die Zwangskaufstheoretiker, mit begrifflicher Nothwendigkeit zur Entschädigungspflicht; eine Enteignung ohne sie ist nicht a priori ausgeschlossen und auch im Rechtsstaat, sobald die Rücksichten auf das gemeine Wohl sie wirklich erfordern

[14]) Dr. Walter Schelcher, Finanzrath in Dresden, Die Rechtswirkungen der Enteignung nach gemeinem und sächsischem Rechte. Freiberg 1893, Craz & Gerlach, XVIII und 520 S.

Digitized by Google

ſollten, nicht undenkbar (S. 24). Da aber normalerweiſe die Allgemeinheit bei der Enteignung nur der Sache, nicht ihres Werthes bedarf, ſo hat das Geſetz an ihren Thatbeſtand die Entſchädigungspflicht geknüpft, die ihrem Urſprung nach alſo eine obligatio ex lege iſt (S. 187). Selbſt bei erfolgter Einigung über die Abtretung ändert ſich an alledem an ſich nichts, die Einigung ſoll nur im Zweifel den Enteignungsausſpruch der Staatsgewalt erſetzen, ergo ſind ihr auch gleiche Wirkungen beizumeſſen. Und auch da, wo der Enteignete ſeinerſeits den Unternehmer zur Ausdehnung der Enteignung zwingt, liegt kein Vertrag, ſondern wahre Enteignung vor, nur ſind die Rollen der Parteien bei der Zwangsmaßregel ſozuſagen vertauſcht (S. 65). — Der zweite Abſchnitt (S. 68—184) behandelt die ſachenrechtlichen Wirkungen der Enteignung. Beſonders erörtert wird der Einfluß des Grundbuchſyſtems (S. 78 ff.), und hier die unſeres Erachtens zutreffende Anſicht vertreten, daß der Unternehmer erſt Eigenthümer des enteigneten Gegenſtandes wird, nachdem er die Eintragung erlangt hat (S. 84, 86). Vorher liegt nur ein abſolut wirkender Erwerbstitel vor (S. 91), in dem Verfaſſer unſeres Erachtens ſchwerlich mit Recht auch ſchon ein präſentes ius in re aliena erblickt. — Mit dem Eigenthum fallen auch, dem Zweck der Enteignung entſprechend — nicht aber, wie Verfaſſer zu behaupten ſcheint, weil ſie auf dies Eigenthum gegründet ſind (S. 108) — alle beſchränkteren Rechte an der Sache weg. Durch die Enteignung wird das Eigenthum nun aber nicht nothwendig ganz aufgehoben, ſondern möglicherweiſe nur dauernden Beſchränkungen unterworfen; das Recht des Unternehmers kommt dann als Dienſtbarkeit zur Erſcheinung (S. 142 ff.). Die gegen die Konſtruktion als Prädialſervitut hier aufſteigenden Bedenken werden vom Verfaſſer ſehr geſchickt widerlegt. Anders ſoll es ſtehen, wenn die Beſchränkung einen nur vorübergehenden Charakter hat, da hier die perpetua causa auf der aktiven Seite fehlt (S. 163). Das iſt doch ſehr zweifelhaft — eine ſolche perpetua causa wird in Wahrheit wohl nur bei dem dienenden Grundſtücke erfordert; warum aber eine lange Zeit hindurch, wenn ſchon nicht in alle Ewigkeit, beſtehende Beſchränkung während ihres Beſtehens den Charakter als Prädialſervitut nothwendig verlieren ſoll (oft wird das freilich eintreten), vermögen wir nicht einzuſehen, cf. freilich Windſcheid I. §. 1209 No. 3. — Endlich behandelt Verfaſſer in dieſem Abſchnitt die Fragen des Rückerwerbs- und Vorkaufsrechtes für den Expropriaten, von denen er nur das letztere anerkennt (S. 175).

Der dritte Abſchnitt — forderungsrechtliche Wirkungen — nimmt den ganzen zweiten Theil des Werkes ein (S. 183 bis zu Ende). Nur auf Einzelnes aus dem reichen Inhalt kann hier verwieſen werden. Die Konſtruktion des Entſchädigungsanſpruches als einer obligatio ex lege wird für das Gemeine wie Sächſiſche Recht mit durchſchlagenden Gründen vertreten (S. 187, 189). S. 205 ff. wird die Entſchädigung des perſönlich Berechtigten (Miethers und Pächters) erörtert, die de lege lata recht ungünſtig ſtehen, weil die Enteignung als casus den Eigenthümer nicht entſchädigungspflichtig macht. Der Anſpruch geht auf das volle Intereſſe einſchließlich des lucrum cessans, ſofern ein Kauſalzuſammenhang nachweisbar iſt, nicht aber auf das Affektionsintereſſe. Ueber

Digitized by Google

Leistung von Sachwerth und Interesse finden sich umfassende und meist durchaus zutreffende Erörterungen, desgleichen über die Entschädigung des dinglich Berechtigten mit dem dabei zur Anwendung kommenden sogenannten Surrogationsprinzip (S. 380 ff.), das aber nur da zum Ziele führt, wo der Werth des dinglichen Rechts an sich durch den der ihm unterworfenen Sache gedeckt ist, d. h. in der Regel, nicht z. B. bei Grunddienstbarkeiten. Ausführlich wird auch die wichtige und strittige Frage der Anrechnung der Vortheile behandelt und sehr richtig im Prinzip im bejahenden Sinne entschieden, weil das dem Charakter der Ersatzleistung entspricht (S. 432); dies jedoch mit erheblichen Modifikationen im Einzelnen. Alsdann behandelt der Verfasser das Recht auf Ausdehnung der Expropriation, endlich die Rechtsmittel im Entschädigungsstreit. Obwohl er dem Anspruch seinen privatrechtlichen Charakter nicht nehmen will, tritt er doch de lege ferenda für eine Kompetenz der Verwaltungsbehörden ein, was in unseren Augen einen durch nichts gerechtfertigten Bruch mit dem Prinzip der Zuweisung privatrechtlicher Ansprüche an die Judikatur des Civilrichters bilden würde.

Weniger umfassend ist das Schriftchen von Diez über die Grundstückszusammenlegung.[15]) In klarer und Beachtung erheischender Weise führt Verfasser aus, daß das Eigenthum an den „verkoppelten" Grundstücken schon mit dem Beginn des Verfahrens untergeht; an seine Stelle tritt ideelles Miteigenthum an der gesammten Theilungsmasse, den Werthantheilen entsprechend. Die Auftheilung restituirt nicht das alte Eigenthum, sondern schafft ein neues, indem das bisherige Antheilsrecht in ein Alleineigenthum an einer dem Werthe entsprechenden Parzelle verwandelt wird. Die gegentheiligen Ansichten, nach denen das Eigenthum zunächst fortbesteht und dann ein Tauschgeschäft zwischen den Betheiligten vorgenommen wird, oder gar kraft rechtlicher Fiktion Identität des alten und des neuen Eigenthums anzunehmen ist, werden mit durchschlagenden Gründen bekämpft. Die Konstruktion des Verfassers ist praktisch bedeutsam bei den die alten Grundstücke belastenden Rechten — sie gehen keineswegs alle auf die neugebildeten über (wohl die Hypotheken, nicht aber die Grunddienstbarkeiten, S. 51).

Nur ganz kurz kann an dieser Stelle auf einen sehr lesenswerthen und überzeugenden, den Interessen unseres „Archivs" aber ferner liegenden Aufsatz von Rosin hingewiesen werden,[16]) der zwei in der Lehre vom Familienfideikommiß oft aufgestellte und „innerlich zusammengehörige" Ansichten — „daß jeder Anwärter erst nach seinem Successionsantritt revoziren darf und daß er von der Klage ausgeschlossen bleibt, wenn er gleichzeitig Allodialerbe des Veräußerers geworden ist" (S. 441), siegreich bekämpft. Aehnliches gilt beim Familiengut des hohen Adels (S. 462 ff.), und selbst das unausgebildete römische fideicommissum, quod familiae relinquitur, gewährt gegenüber verbotener Veräußerung sofortige fideicommissi petitio (S. 392 ff.).

---

15) Gust. Diez, Amtsrichter in Pösneck, Ueber die rechtliche Natur der Grundstückszusammenlegung, Berlin 1893, O. Liebmann. VI. und 65 S.

16) Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen und hochadligen Hausgütern, Ihering's Jahrbücher Bd. 32 S. 328—469.

Digitized by Google

Das viel bestrittene Problem der Reallasten ist in zwei Aufsätzen behandelt, von denen sich der eine aus der Feder Pflüger's[17]) mehr mit der juristischen Konstruktion, der andere ausführlichere v. Schwind's[18]) vorwiegend mit der rechtshistorischen Entwicklung in den einzelnen Partikularrechten sowie mit der legislativpolitischen Seite beschäftigt. Pflüger's Arbeit schließt sich eng an einen früheren Aufsatz desselben im Archiv f. civ. Pr. Bd. 79 S. 406 über „das Wesen der Dinglichkeit" an. Dort hatte Verfasser zwei sich kreuzende Gegensätze aufgestellt: einmal den von Besitz- und Forderungsrechten, dann den von dinglichen und persönlichen Rechten (eine Aufstellung nebenbei, die nach Ansicht des Referenten mehr originell als fruchtbar ist). Unter Kombination zweier dieser vier Begriffe bezeichnet Pflüger nun die Reallasten als „dingliche Forderungsrechte": dinglich ist aber nicht nur das Recht als solches, sondern auch die fällige Einzelforderung, und zwar deshalb, „weil der Gläubiger das Recht auf abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung aus dem belasteten Grundstück hat" (S. 299, 302). Aber auch Hypothek und Grundschuld haben die Qualität einer dinglichen Forderung (S. 303), ja endlich kann man auch die Servituten als solche auffassen, gerichtet auf non facere oder pati, während die Reallasten auf dare oder facere gehen. Wir können unseren prinzipiellen Widerspruch gegen alles das hier nur zu Protokoll geben, nicht ausführen.

v. Schwind dagegen bleibt bei der althergebrachten Lehre stehen, nach der in der Reallast stets dingliche und persönliche Elemente gemischt sind und es daher stets ein vergebliches Bemühen bleibt, ihren Inhalt ganz dem einen oder anderen Gebiete zuzuweisen (S. 125). Vom legislativpolitischen Standpunkte aus fordert Schwind, daß das Prinzip der beschränkten Haftung wenigstens im Privatrecht zum beherrschenden Grundgedanken für das Recht der Reallasten zu erheben sei (S. 145).

Endlich sei hier noch auf einen kleinen Aufsatz des Referenten hingewiesen,[19]) der den schon in der Litteratur und Judikatur neuerdings mehrfach aufgestellten Satz näher ausführt und begründet, man könne nicht nur an Forderungen des Schuldners gegen Dritte, sondern auch an solchen gegen den betreffenden Gläubiger selbst ein Pfand — durch Pfändung und sonst — erwerben. Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung stehen dem nicht im Wege. Ein neues selbständiges subjektives Recht erwirbt zwar der Gläubiger vom Schuldner durch dies „pignus debiti" zunächst nicht, wohl aber wird das gegen ihn bestehende Recht durcheine dem Pfandzweck ihren Stoff entnehmende exceptio gehemmt; aber auch ein ius exigendi und selbst distrahendi wird anerkannt werden müssen. Nur da, wo Kompensation am Platze ist, dürfte nach dem Grundsatz in maiore minus für unser Verhältniß kaum ein Raum frei bleiben.

d) Forderungsrecht.

Hier kommt zunächst ein lesenswerther Artikel von Biermann[20]) in Betracht, der die einzelnen Fälle des Kontrahirungszwanges in geschickter Weise

[17]) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 81 S. 292—328.

[18]) Ihering's Jahrbücher, Bd. 33 S. 1—148.

[19]) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 81 S. 61—127.

[20]) Ihering's Jahrbücher, Bd. 32 S. 267—322.

Digitized by Google

zusammenstellt. Wir finden ihn bald unmittelbar vom Gesetz auferlegt, bald durch polizeiliche Anordnung begründet, bald entspricht er einem rechtlichen Monopole, „denn andernfalls könnte es vorkommen, daß einzelne Personen ihre vielleicht dringenden Bedürfnisse überhaupt nicht oder nur unter unverhältnißmäßigen Kosten befriedigen können“ (S. 280). Anders nach Biermann bei bloß faktischen Monopolen. Den größten Raum nimmt die Frage der Möglichkeit von Offerten an das Publikum ein (S. 292 ff.), eine Frage, die Verfasser unseres Erachtens mit Recht bejaht für die Fälle, wo sich das Angebot an „fungible“ Personen wendet, die Person des Acceptanten also dem Anbietenden gleichgiltig ist. Hier hätte vielleicht auch Zitelmanns „weniger als normal individualisirte Absicht“ verwerthet werden können. Von den andern Fällen des eigentlichen Kontrahirungszwanges unterscheidet sich übrigens dieser sehr wesentlich insofern, als hier durch die Acceptation der Offerte ohne jedwedes weitere Zuthun des Offerenten der Vertrag geschlossen, er also nicht eigentlich zum Abschlußakt gezwungen wird.

Die vielbestrittene Lehre von der vis maior ist von W. Stintzing[21]) neuerdings behandelt. Unter theilweiser Polemik gegen die Beschlüsse des Juristentages kämpft er für Beibehaltung des Begriffes. Sie ist ihm „ein Ereigniß, mit dessen Eintritt im Verkehr nicht gerechnet worden ist“ (S. 462), im Gegensatz zum periculum, dem in Betracht gezogenen normalen Risiko des Geschäfts. Beides läßt sich nicht katalogmäßig abgrenzen; vielmehr ist rein all zu Fall zu entscheiden, wann das eine, wann das andere vorliegt (S. 463). Jedenfalls kommt der Schuldner, der das periculum übernommen hat, um deswillen keineswegs für höhere Gewalt auf (S. 467).

Reichhaltig und anregend, aber wegen ihrer Mannigfaltigkeit — die Arbeit hat auf nicht 100 Seiten 41 Paragraphen zum Theil sehr verschiedenartigen Inhalts — gegen ein kurzes Referat sehr spröde sind Kohler's „Konkursrechtliche Studien“.[22]) Sie enthalten im Wesentlichen Nachträge zu seinen früheren konkursrechtlichen Schriften, deren Ideen sie zum Theil gegen Andersdenkende — namentlich Oetker— vertheidigen, zum Theil weiter fortbilden. Besonders bedeutsam ist die Ausführung über das Beschlagsrecht als Konstruktionsmittel (§. 1), die Stellung des Verwalters (§. 3) ꝛc.

Ueber das gewöhnliche Maß der Bedeutung einer Dissertation geht das weit hinaus, was Rud. Merkel uns in seiner Erstlingsarbeit bietet.[23]) Der Entwicklungsgang bei der Novation ist nach ihm folgender gewesen: Zuerst herrschte die strenge Form; ob das Stipulationsversprechen accessorisch — denn auch die Gültigkeit eines solchen nimmt Verfasser entgegen Salpius mit Recht an (S. 21) — ob novatorisch wirkte, darüber entschieden die ge-

---

21) Ueber vis maior im Zusammenhang mit periculum und Haftung, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 81 S. 427—469.

22) Daselbst S. 329—426.

23) Rud. Merkel, Referendar, Der römischrechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht. Dissertation. Straßburg 1898, Trübner, III und 146 S.

Digitized by Google

wählten Worte. Letzterenfalls konsumirte die neue Obligation durch ihre Form die alte — war sie formell korrekt, so kam es auf die materielle Befriedigung des Gläubigers nicht an, und umgekehrt (S. 10—40). Dies änderte sich im Laufe der Zeit unter dem Einfluß peregrinischer Elemente (S. 48). Die novatio ist kein Formalakt mehr; wenn man die Parteiabsicht beachtet und diese auf Ersatz einer Forderung durch eine andere gültige geht, so tritt der Gedanke materieller Befriedigung in den Vordergrund, die Novation bekommt den Charakter der Zahlung. Den Abschluß dieser Entwickelung macht Justinian's bekannte Bestimmung betreffs des animus novandi.

Von den gemeinhin aufgestellten Erfordernissen ist das des novum in der Form zu suchen (S. 55); später hatte es nur die Bedeutung eines Indizes für den animus novandi. Das Requisit des „idem debitum" ist später beseitigt; nur darf nicht etwas ganz Anderes versprochen werden. Das Verhältniß der novatio zur causa wird S. 72 erörtert. Es wird die prior causa nicht zerstört; folgerecht ist die Novation ein abstrakter Akt, und nur solche Geschäfte sind dazu brauchbar, die keine materielle causa enthalten (S. 78). Wegen der eadem causa ist die Novation trotz aller Aenderungen ein einheitliches Institut geblieben, aber sie hat ihre Bedeutung verändert und ist jetzt materiell datio in solutum; nur aus historischen Gründen hat man sie nicht offiziell unter diesen Begriff gestellt (S. 88, 90, 92). Im modernen Recht ist sie in dieser Eigenschaft übernommen, aber in ihrer inneren Bedeutung und Nothwendigkeit stark abgeschwächt; so bedürfen wir ihrer heute nicht mehr (S. 130, 144, 146).

Diese scharfsinnigen Ausführungen verdienen überall Beachtung und in ihren Grundzügen nach Ansicht des Referenten volle Zustimmung.

Von vorwiegend rechtshistorischer, aber doch auch dogmatischer Bedeutung ist die Arbeit von Geib[24]) über die Bürgschaft. Sie würde auch ohne das stattliche Quellenregister beredtes Zeugniß von dem Fleiß und der Quellenbelesenheit ihres Autors ablegen, der dadurch in Verbindung mit seinem Scharfsinn die in den letzten Jahrzehnten etwas vernachlässigte Lehre mannigfach zu fördern verstanden hat. Andererseits ist die Lektüre seiner Arbeit nicht ganz leicht; man muß sich die ab und zu in langen Anmerkungen niedergelegten Resultate (so S. 73) oft nicht ohne Mühe zusammensuchen. Die ausführliche Inhaltsübersicht schafft nur theilweise Abhülfe. Daß man auch in der Sache dem Verfasser nicht überall Recht geben kann, ist bei einer Arbeit über so strittige und schwierige Fragen nur selbstverständlich und kein Tadel gegen das Buch.

Geib will keine vollständige Darstellung geben, wie Girtanner und Hasenbalg, sondern nur „die hauptsächlichsten, neuer Prüfung bedürftigen dogmatischen Fragen zusammenhängend erörtern" (S. IV). Verfasser behandelt nach Erledigung der Ausgangspunkte (S. 1—10) zunächst das korreale und dann das solidare Element der obligatio fideiussoria (S. 11—68 bezw. 68—75) Trotzdem sich von beiden einzelne Elemente bei ihr finden, ist sie doch von

---

24) Dr. Otto Geib, Professor in Tübingen, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes. Tübingen 1894, Laupp, XII und 192 S.

Digitized by Google

beiden stets wesentlich verschieden geblieben. Von der Korrealschuld: denn der Bürge schuldet zwar idem wie Hauptschuldner, aber nur ein accessorisches idem; von der Solidarschuld: denn beide Schulden dienen nicht demselben Zweck — „nicht das, wozu sich der auch Hauptschuldner dem Gläubiger satisdationis causa persönlich verpflichten könnte, macht den Inhalt der Bürgschaftsobligation aus, sondern etwas, was derselbe ihm nicht versprechen kann" — die Garantie für den Hauptschuldner, nicht nur für seine Leistungsfähigkeit, sondern auch Willigkeit (S. 5, 62, 69). Der Grund für die Verschiedenheiten wie Aehnlichkeiten zwischen Bürgschafts- und Korrealschuld liegt in der Accessorietät der ersteren, die demgemäß in einem dritten Abschnitt (S. 75—102) behandelt wird. Alsdann folgt „die Bedeutung des Regreßverhältnisses für den Inhalt der obligatio fideiussoria" (S. 102—142), endlich werden im fünften Abschnitt die Aenderungen im heutigen Recht sowie Kreditmandat und Garantieversprechen erörtert (S. 143—184).

Unseres Erachtens ist die Polemik des Verfassers gegen die Ansicht, welche im fideiussor einen Solidar- oder gar, was mindestens vom Standpunkt der Eisele'schen Unterscheidung aus haltbar sein dürfte, Korrealschuldner sieht, zwar gewandt durchgeführt, aber nicht haltbar. Verfehlt ist auch, um nur einen Einzelpunkt hervorzuheben, die Behauptung Seite 72, die Zahlung des fideiussor habe den Hauptschuldner nach strengem Civilrecht nicht befreit, da nicht debitoris nomine gezahlt sei. Quellenstellen weiß Verfasser dafür aber selbst nicht anzugeben, da l. 28 D. XVII, 1 doch nur von dem so ganz anders gearteten Kreditmandat handelt, er beruft sich vielmehr auf das sehr zweideutige Beweismittel der „Natur der Sache." Aber diese ließe sich, wenn überhaupt, nur gegen ihn verwerthen. Ferner führt G. Seite 13/4 selbst aus, daß zwischen Haupt- und Bürgschaftsschuld Konsumtionsverhältniß besteht, das heißt, daß dem Hauptschuldner aus der Belangung des Bürgen exc. rei in iudicium deductae gegeben wird: die bloße Ausklagung des letzteren soll also stärker für den Hauptschuldner gewirkt haben, als die reale Befriedigung des Gläubigers — welcher Gipfel des sinnwidrigsten Formalismus wird da den Römern zugemuthet!

Andererseits scheint uns die Abhandlung über die Indemnitätsbürgschaft durchaus beifallswerth und als eine der wohlgelungensten Partieen des Buches (S. 18 ff.). Man benöthigte dieser Form, weil die Litiskontestation mit dem Hauptschuldner nach älterem Recht die Fideiussionsschuld rettungslos zerstörte. Ganz anders beim Indemnitätsbürgen — er haftet im strikten Gegensatz dazu gerade nur für die künftige durch Litiskontestation geschaffene Prozeßobligation (S. 24). Auch später blieben nach Wegfall der ursprünglichen ratio der fid. indemnitatis noch Unterschiede, die S. 29/30 aufgeführt werden.

Aus dem speziellen Theil ist eine Arbeit von Jäger[25]) über das Vorkaufsrecht anzuführen. Auch ihr sind, wie erfreulicherweise den meisten diesmal zu

[25]) Dr. Ed. Jäger, Rechtsanwalt in Darmstadt, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht. Marburg 1893, Ehrhardt. 140 S.

Digitized by Google

besprechenden Arbeiten, mancherlei Vorzüge nachzurühmen — sie ist gut geschrieben, sehr fleißig, namentlich in ihrer fast staunenswerthen Beherrschung der gewaltigen Literatur, erschöpft das gestellte Thema nach allen Seiten und kommt unter beachtenswerther Begründung zu meist annehmbaren Ergebnissen. Die Stärke des Verfassers liegt im detail, während seine Begriffsbestimmung des ius protimiseos S. 5. formell ziemlich unglücklich ist und, wie schon ein anderer Recensent[26]) hervorgehoben hat, in der Sache nicht ganz zutrifft. Aus den Ergebnissen ist hervorzuheben: die Quellen kennen kein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht, vielmehr sind die gewöhnlich dafür angeführten Stellen anders zu verstehen (S. 19 ff., vergl. jedoch l. 122 § 3 D. 45, 1 !). Sehr gut werden die Unterschiede vom Wiederkaufsrecht auseinandergesetzt, S. 29. Das Recht bezieht sich nicht nur auf den Kauf (Vorkaufsrecht im engeren Sinne), sondern möglicherweise auf jeden entgeltlichen Vertrag (Vormieth-, Vorpachtrecht ꝛc.), S. 33. Es gewährt nach gemeinem Recht ausnahmslos keinerlei Ansprüche gegen dritte Erwerber, S. 42; es kommt auch als eigentliches Vorkaufsrecht zur Anwendung nicht nur einem wirklichen Kauf, sondern einem jeden Vertrage gegenüber, der einen ähnlichen wirthschaftlichen Erfolg bezweckt, S. 47. Zur Geltung gelangt der Anspruch nach Jäger erst, wenn der Vertrag mit dem Dritten zum Abschlusse gelangt ist, S. 81. Von diesem muß der Pflichtige dem Vertragszweck entsprechend den Berechtigten benachrichtigen, S. 96. Das vertragsmäßige Vorkaufsrecht ist im Zweifel vererblich, die gesetzlichen je nach ihren Zwecken nur zum Theil, S. 107.

Keine wissenschaftlichen, sondern lediglich praktische Zwecke verfolgt die kleine Arbeit von Muntsch.[27]) Er will das in den gemeinrechtlichen Theilen Bayerns geltende Mieth- und Pachtrecht unter Berücksichtigung der einschlägigen Gesetze und Präjudikate in einem dem Juristen wie Laien nützlichen Nachschlagebuch vereinigen. Dementsprechend ist die Arbeit thunlichst knapp, übersichtlich und populär gehalten unter Beifügung eines ausführlichen Registers, sodaß sie namentlich dem Laien angesichts der großen wirthschaftlichen Bedeutung des Miethsverhältnisses ein brauchbares Vademekum bilden wird. Das Büchlein zerfällt in zwei Abschnitte, deren erster in elf Titeln die Sachmiethe, der zweite in vier Titeln die Dienstmiethe behandelt. Bedenklich ist die Behauptung S. 14, wonach Dritte einem Verbote des Vermiethers Folge zu leisten haben und sich eventuell bei längerem Verweilen trotz eines solchen strafbar machen. Soll der chikanöse Wirth die meiner Einladung Folge leistenden Gäste am Betreten des Hauses hindern können?

„Ueberraschende Ergebnisse", wie er selbst sie nennt, fördert Croissant[28]) in einem Schriftchen über eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit

[26]) H. Krüger im Jur. Litt.-Bl. Bd. VI S. 38.

[27]) C. Muntsch, Amtsrichter in Würzburg, Miethe und Pacht, Gesinde- und Arbeitsvertrag nach gemeinem Recht im Königreich Bayern. München 1893, Beck. VIII u. 97 S.

[28]) J. Croissant, Geh. Justizrath, Oberlandesgerichtsrath in Colmar, Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit. Ein Streifzug auf dem Gebiet des Haftpflichtgesetzes. Straßburg 1893, Heinrich. 63. S.

Digitized by Google

zu Tage. Er will gegenüber der herrschenden Auslegung des Haftpflichtgesetzes darthun, daß auch den Handlungsunfähigen, die durch eigene Handlung die Verletzung herbeiführen, ein „eigenes Verschulden" im Sinne des Gesetzes zur Last fallen könne. Zwar ein zur Verbindlichkeit führendes schuldhaftes Handeln ist bei ihnen ausgeschlossen — aber hier handelt es sich nicht um Ausschluß eines Anspruches der Bahn gegen sie, sondern es weicht umgekehrt die Bahn der Haftung durch Hinweis auf das eigene Verschulden des Beschädigten aus. Ein solches trifft aber auch das Kind: das entspricht sowohl der naturalis ratio wie dem positiven Gesetz — denn die Haftung der Eisenbahn ist ihrem Wesen nach Deliktsobligation.

Wir müssen alledem entgegentreten. Der deliktische Charakter der obligatio der Eisenbahn ist unseres Erachtens entschieden abzulehnen — es liegt nichts vor, als eine gesetzliche Verpflichtung, die ihre volle rechtliche wie soziale Rechtfertigung in dem Umstande findet, daß derartig große Unternehmungen auch große Gefahren mit sich bringen, deren Tragung mit Fug auf den Unternehmer, der auch den Vortheil aus ihnen zieht, abgewälzt werden muß. Nur dann fällt die ratio weg, wenn Jemand den Schaden selbst verschuldet: alsdann erscheint weniger die Gefährlichkeit des Betriebes, als vielmehr dies schuldhafte Benehmen als das eigentlich kausale Moment für den Unfall. Ein Kind aber kann im Rechtssinn nicht vernünftig wollen, also auch die Tragweite seiner Handlung angesichts der Gefährlichkeit des Unternehmens nicht genügend übersehen. Ohne diese letztere, der es nicht ausweichen konnte, weil es keinen normalen Willen besaß, wäre das Kind nicht verletzt — so ist es also hier wieder der Charakter des Unternehmens, den die Verantwortung voll und ganz trifft; von einer „Gemeingefährlichkeit" dieser Theorie vermögen wir nichts zu spüren.

Ein interessanter, aus einem für die beklagte Jura-Simplon-Bahn erstatteten Gutachten herausgewachsener Aufsatz Barons[29]) befaßt sich mit dem bekannten und vielbesprochenen Eisenbahnunfall bei Basel; er erörtert in sieben Paragraphen: 1. das Prinzip der Haftung der Eisenbahnen in den einzelnen Gesetzgebungen, 2. den Umfang der Haftung, 3. thatsächliche Darstellung des Unfalls, 4. die Stellung des Richters zum Sachverständigen, 5. das Urtheil erster Instanz, 6. das Urtheil zweiter Instanz, 7. das Urtheil dritter Instanz. Der an beachtenswerthen Gesichtspunkten reiche Aufsatz kommt zu dem unseres Erachtens nicht einwandfreien Resultat, daß in casu ein vertretbares Verschulden der beklagten Bahn nicht vorlag.

e) Familienrecht.

Eine Arbeit Hergenhahns[30]) giebt in Fortsetzung eines früher begonnenen Unternehmens eine Zusammenstellung der reichsgerichtlichen Entscheidungen aus

[29]) Der Mönchensteiner Eisenbahnunfall, Arch. f. civ. P. Bd. 81 S. 177 bis 261.

[30]) Th. Hergenhahn, Oberlandesgerichtsrath a. D., Das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Bd. II. Hannover 1893, Helwing. IX u. 315 S.

Digitized by Google

dem Eheschließungs- und -Scheidungsrecht aus den Jahren 1889—92. Wie im ersten Theil, so ist auch diesmal die systematische Reihenfolge gewahrt — der Stoff wird in drei Abschnitte (materielles Recht, Prozeß-, Strafrecht) und in diesen wieder in mehrere Unterabtheilungen gegliedert. Den Gebrauch des Buches erleichtert ein Register.

Daß derartige Arbeiten brauchbar und dankenswerth sind, liegt auf der Hand. Aber Verfasser hat sich die seine etwas leicht gemacht; er belastet sie durch wörtliche Inserierung der oft sehr langathmigen Erkenntnisse, statt nur kurze Referate, geeignetenfalls mit kritischer Erläuterung, zu geben. Dadurch hätte er sein Buch leicht um die Hälfte kürzen können, und zwar ohne Schaden, zumal die Sammlungen, auf die er selbst verweist, jedermann zur Hand sind. Ohne genügenden Grund sind mehrfach Entscheidungen doppelt abgedruckt, so S. 70—102, 186—218, 73—210, was das Buch vollends beschwert und Verwirrung hervorruft, zumal darauf nicht aufmerksam gemacht ist.

Ein kleines Schriftchen von Schmitt[31]) über die Schlüsselgewalt bringt nicht viel Neues, ist aber flott geschrieben und enthält eine klare, knappe Zusammenstellung der bezüglichen Sätze. Den Begriff der Schlüsselgewalt definirt Verfasser dahin, daß sie „die Berechtigung der Frau zum selbständigen Abschluß der hauswirthschaftlichen Verwaltungsgeschäfte" darstellt (S. 8). Die gegen den Mann aus ihnen zuständige Klage ist die actio institoria.

f) Erbrecht.

Eine fleißige und übersichtliche Arbeit legt Steidle[32]) in seinem Soldatentestament vor; das Hauptverdienst der für das Römische Recht meist Bekanntes enthaltenden Schrift ist die Darstellung der historischen Entwickelung des Institutes und die Zusammenstellung der geltenden Rechte. Die sechs Kapitel behandeln: 1. Formlosigkeit, 2. Einschränkung der Formlosigkeit; deren Stadien, 3. Verfall des Institutes, 4. Rückkehr zum justinianischen Rechtsbegriff, 5. Deutsches Reichsrecht, 6. Internationaler Ausblick. Erwähnenswerth ist, um nur einen Einzelpunkt hervorzuheben, daß auch Frauen (Krankenpflegerinnen) das Recht militärisch zu testiren auf Grund des Reichsgesetzes haben können.

In einer gediegenen kleinen Schrift behandelt Ernst Jäger[33]) den Nachlaßkonkurs, d. h. „das selbständige Konkursverfahren über einen Nachlaß, d. h. über das gesammte vom Erblasser herrührende, pfändbare Vermögen in seinem gegenwärtigen Bestande" (S. 1). Gemeinschuldner darin sind sowohl der Erblasser (für die Zeit vor seinem Tode), als der Nachlaß, als der Erbe (S. 5). Zum Nachlaßkonkurs gehören drei Erfordernisse: 1. ein

[31]) Dr. G. Schmitt, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach deutschem Recht. München 1893, Schweitzer. 31. S.

[32]) Dr. Ed. Steidle, Das Soldatentestament. Historisch-dogmatische Darstellung unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebungen. Würzburg 1893, Stahel. VIII u. 88 S.

[33]) Dr. jur. Ernst Jäger, Die Voraussetzungen des Nachlaßkonkurses. München 1893, Schweitzer. 63. S.

Digitized by Google

begriffliches — Sonderhaftung des Nachlasses, 2. ein materiellrechtliches — Ueberschuldung, 3. ein formellrechtliches — Eröffnungsantrag (S. 11). Das erste ist in drei Fällen erfüllt: a) bei der ruhenden Erbschaft, b) bei der mit Vorbehalt erworbenen und c) der wiederum abgesonderten Erbschaft (S. 3, 16), Fälle, die von Jäger im Einzelnen erörtert werden. Besonders ausführlich behandelt er die Absonderung (S. 28—40) und nimmt hier entschieden gegen den Aufsatz des Referenten bei Grünhut Bd. XVII Stellung. Nach ihm bezieht sich die Separation des Nachlaßkonkurses nicht auf den Nachlaß als Einheit, sondern nur auf einzelne Stücke, sie ist also nicht von der Absonderung der Reichskonkursordnung begrifflich verschieden, wie Referent vermeint hatte und trotz des Verfassers Ausführungen auch noch vermeint. Mit Recht vertritt dieser andererseits gegenüber den Motiven die Ansicht, daß auch bei einem vorbehaltlos erworbenen Nachlaß noch Separation und Nachlaßkonkurs stattfinden können.

g) Urheberrecht.

Osterrieth[34]) legt einen von einer Kommission des allgemeinen deutschen Journalisten- und Schriftstellertages verfaßten Gesetzentwurf über das Urheberrecht an Geisteswerken nebst Motiven vor. Die Abänderungsvorschläge gegenüber dem vielleicht nicht mit Unrecht als reformbedürftig bezeichneten deutschen Gesetz sind weittragender Natur; sie hängen vielfach zusammen mit der eigenthümlichen Grundidee des Verfassers, der im Autorrecht zwei grundverschiedene Momente, ein persönliches und ein dingliches, scheiden will. Ersteres ist ein Individualrecht im Sinne Kohlers, letzteres ein geistiges Eigenthum. Beides ist zu schützen (§. 1), und zwar das eine durch die Bestimmungen §§. 3—6, das andere durch §§. 7 ff. Diese ganze Unterscheidung ist unseres Erachtens insoweit unhaltbar, als das Individualrecht nichts mit dem Urheberrecht zu thun hat — wer meine Privatbriefe unbefugt veröffentlicht, der greift meine Persönlichkeit an, injuriirt mich: das ist so sicher, daß es dazu keines besonderen Gesetzes bedarf. Andererseits ist die Theorie des geistigen Eigenthums, die Verfasser höchst verfehlter Weise im §. 7 sogar gesetzlich sanktionirt wissen will, trotzdem und alledem unhaltbar; im Autorrecht liegt unseres Erachtens nicht mehr und nicht weniger als ein absolutes Verbietungsrecht. Seine Theorie führt den Verfasser aber auch praktisch auf Abwege (S. 21, 34), indem er das Recht des Autors ohne zeitliche Begrenzung in alle Ewigkeit fortdauern lassen will: unseres Erachtens eine heillose Folgerung, die freilich für die Anhänger der Eigenthumstheorie nahe liegt: wie soll ein Eigenthum durch Zeitablauf erlöschen? In unseren Augen liegt der Grund für die Befristung nahe: ein Geistesprodukt wird mit der Zeit eine historische Größe und damit ein Gemeingut, res omnium communis. Ihm ewigen Autorschutz angedeihen zu lassen, hieße ein Monopol sanktioniren, das ohne jeden genügenden Grund Leuten zu Gute käme (den Erben), die an der Schaffung des Werkes nicht das mindeste Verdienst haben. Dem Andenken des Autors wird vielleicht

[34]) Dr. Alb. Osterrieth, Die Reform des Urheberrechts. Berlin, Schriftstellergenossenschaft 1893, 34 S.

Digitized by Google

der schlechteste Dienst erwiesen, wenn man der Verbreitung seiner für die Gesammtheit geschriebenen, in ihren geistigen Besitz übergegangenen Schöpfungen (man denke an Faust oder Wallenstein!) zu Gunsten engherziger Monopolisten enge Schranken auferlegen wollte. — Eher befreunden kann man sich mit Bestimmungen wie sie §§. 17—18 bieten: Ausdehnung des Schutzes auf ausländische Autoren.

b) Der Entwurf.

Die neuere Litteratur des Entwurfes hat Referent erst jüngstens im Juristischen Litteraturblatt Nr. 52 (Leitartikel) besprochen und darf daher wohl auf die dortige Darstellung Bezug nehmen, zumal selbständige Schriften dieser Art kaum vorliegen. Hier sei nur auf eine Arbeit eines in Tokio lebenden Deutschen, Loenholm,[35]) hingewiesen, die bezüglich des Allgemeinen Theiles lediglich sprachliche und stilistische Abänderungsvorschläge enthält, von denen die wesentlicheren durch kurze Anmerkungen begründet werden. Ohne uns mit jenen ausnahmslos einverstanden erklären zu wollen, scheinen jedenfalls manche erhebliche sprachliche Besserungen zu bedeuten, so bei §§ 60 und 111. Die Tendenz des Verfassers geht dahin, die einzelnen Paragraphen oder, wie er sie benannt wissen will, Artikel thunlichst kurz und dadurch verständlich zu gestalten; aus diesem Grunde zerlegt er sie vielfach, so die §§ 2, 4, 14, 16, in zwei oder noch mehrere Artikel. So hat der Allgemeine Theil denn in Loenholms Entwurf fast um die Hälfte mehr an Paragraphen-Artikeln: 294 statt 205.

Auf einen vollständigen Gegenentwurf von Źródłowski in Lemberg gedenken wir später eingehender zurückzukommen.

Fast nur auf den Entwurf bezieht sich auch ein umfassender Aufsatz von Lippmann[36]) über die Kompensation, der aber unseres Erachtens nicht viel Neues und Belangvolles bringt. Nach ihm hat die Kompensationserklärung nicht als Rechtsgeschäft, sondern als Akt der Vertheidigung Bedeutung; sie ist prozessualisches Handeln (S. 245, 261). Folgeweise brauchen die Voraussetzungen der Fälligkeit, Gleichartigkeit und Liquidität der Gegenforderung erst zur Zeit des Urtheils vorhanden zu sein.

IV. Partikularrecht und Ausländisches Recht.

Aus dem Preußischen Recht behandelt ein lesenswerthes Schriftchen von Eger[37]) die Nothwendigkeit der Reform des Enteignungswesens. Eger will den Nachweis führen — und man wird ihm darin beistimmen müssen, daß das jetzige Enteignungsverfahren zu weitschweifig sei und dringend einer Reform zur Ermöglichung weiterer Beschleunigung bedarf. Die unseres Erachtens mindestens ebenso wichtige Frage einer etwaigen Erweiterung des materiellen Ent-

[35]) Dr. L. Loenholm, Allgemeiner Theil des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Tokio 1893. Selbstverlag. 94 S.

[36]) Jher. Jahrb. Bd. 32 S. 157—261.

[37]) Dr. Georg Eger, Regierungsrath und Privatdozent in Breslau, Die Nothwendigkeit einer Revision des Preußischen Enteignungsgesetzes. 2. Aufl. Breslau 1893, Kern. 60 S.

Digitized by Google

eignungsrechtes wird dagegen leider nicht berührt. — Die Arbeit zerfällt in drei Theile: 1. Die bestehenden Bestimmungen, 2. Abänderungsvorschläge, 3. Entwurf eines neuen Gesetzes nebst Motiven. Von den Vorschlägen mögen als besonders beachtenswerth hervorgehoben werden:

a) das bisherige „schleunige Verfahren" soll das regelmäßige,
b) von den Stadien desselben sollen das zweite und dritte (definitive Planfeststellung und Feststellung der Entschädigung im Verwaltungswege) kombinirt werden.

Von Gruchots Beiträgen[38]) liegt der 37. Band fertig vor und bietet eine Fülle mannigfaltigen Inhalts, theils Abhandlungen von vielfach freilich nur sehr speziellem und minutiösem Inhalt; ferner eine weiter fortlaufende Erläuterung der Beschlüsse der Kommission für die Umarbeitung des Entwurfs aus der Feder der Protokollführer Greiff und v. Jecklin; eine große Menge von Entscheidungen, bei denen freilich eine Systematik der Anordnung zu vermissen ist; endlich in allen Heften eine Anzahl von Besprechungen meist aus der Feder der Herausgeber, hinsichtlich deren wir den gleichen Tadel aussprechen müssen. Werthvoll sind die Beilagehefte, das eine den Entwurf in zweiter Lesung (Obligationenrecht), das zweite eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts enthaltend. Von den Abhandlungen seien hervorgehoben der Aufsatz von Krückmann über Verein, Verbindung, Gesellschaft, Korporation (S. 217 ff), von Fuld über die Regelung des Verlagsrechtes (S. 502 ff.) — der an die beiden vom Buchhändler- und Schriftstellerverband aufgestellten Entwürfe anknüpft und die Ansicht vertritt, daß die Grundgedanken beider bei mancher Abänderungsfähigkeit im Einzelnen Zustimmung verdienen; von Thiele über Vormerkung wegen Geldansprüchen (S. 628 ff.) — dem das durch diese gewährte Recht kein bedingtes Hypothekenrecht, sondern ein selbständiges dingliches Recht des Inhalts ist, daß die etwa später einzutragende Hypothek einen bestimmten Rang erhalte (S. 645): eine nicht zweifelsfreie Konstruktion; ferner von Bröse über die religiöse Erziehung der Kinder aus Mischehen (S. 858 ff.). Sein Resultat ist: die preußische Gesetzgebung hat diese Frage durchaus sachgemäß behandelt. Sie hat die Kinder aus solcher Ehe auch bezüglich der religiösen Erziehung einerseits der freien Entschließung des Vaters beziehungsweise der Eltern unterworfen und andererseits vor einem Aufwachsen ohne religiöse Unterweisung geschützt. — An Umfang und Bedeutung aber nimmt unbestreitbar die erste Stelle ein die Arbeit von Riesenfeld über den Civilmakler. Sie ist fleißig, trefflich geschrieben und gelangt zu beachtenswerthen Resultaten. Dies unter stetiger und vorsichtiger Berücksichtigung der bezüglichen Sätze des Handelsrechtes. Sie zerfällt in drei gesonderte Abschnitte: a) Die juristische Natur des Maklervertrages und seine Rechtsquellen in Deutschland, S. 27 ff. b) Die

[38]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius. Fünfte Folge II (Bd. 37). Berlin 1893, Vahlen. 960 S. und 304 S. Entscheidungen; Entwurf als Beilage, S. 59—206.

Digitized by Google

Rechtsgrundsätze des Maklervertrages, S. 257 ff., 530 ff. c) Deutschlands künftiges Maklerrecht, S. 814 ff. Hervorzuheben ist: Den Inhalt des Vertrages bildet die Uebertragung, Uebernahme und Ausführung der Vermittelung eines Rechtsgeschäfts (S. 27). Er ist gemeinrechtlich Innominatkontrakt, S. 38 (wohl richtiger nach heutigem Recht: ein contractus sui generis), nach preußischem Recht ein selbständiger Vertrag, S. 47. In der Gesetzgebung bislang wenig gepflegt, ist die Theorie des Maklervertrages zur Zeit fast lediglich ein Gebilde der Rechtsprechung, S. 67. Errichtet wird der Vertrag gemeinrechtlich formlos, ebenso in Bayern und Sachsen; in Preußen ist bei mehr als 150 Mark Schriftlichkeit erfordert. Sehr ausführlich und im Allgemeinen zutreffend wird über den Lohn gehandelt, S. 531 ff., nam. 549. Der Makler darf an sich von beiden Kontrahenten Aufträge entgegennehmen; nur bei vorhandener Interessenkollision steht seiner Klage eine Einrede entgegen, S. 557. Kommt das Geschäft nicht zu Stande, so ist ein Lohnanspruch im Allgemeinen nicht gegeben. De lege ferenda wird das ganze Institut des vereideten Maklerthums, „dieses morschen Ueberrestes mittelalterlichen Kastengeistes", der Abschaffung empfohlen (S. 819).

Durch umfangreiche und werthvolle Werke ist das österreichische Recht vertreten. Auf Menzels bedeutende „Arbeiterversicherung" soll diesmal nur hingewiesen werden, zumal dem „Archiv" ein selbständiger Artikel über dies Buch und seinen Gegenstand von berufener Seite in Aussicht gestellt ist. Näher einzugehen ist dagegen auf die Werke von Randa und Hasenöhrl. Von dem „Eigenthumsrecht" des bekannten Prager Civilisten liegt die erste Hälfte in zweiter, zum Theil umgearbeiteter Auflage vor, die sich von der ersten neben einer Berücksichtigung der Neuerungen in der Gesetzgebung durch eine solche der inzwischen veröffentlichten Vorarbeiten und Materialien zum österreichischen Gesetzbuche unterscheidet. Ferner hat Verfasser seine auf dem handelsrechtlichen Gebiete des Mobiliarsachenrechts bereits früher aufgestellten Ansichten nunmehr zu einer, wie er sie nennt „einheitlichen Theorie der Werthpapiere" vereinigt (S. III). Die neuere, anläßlich des Entwurfs in Deutschland zahlreich aus der Erde geschossene Litteratur ist vom Verfasser, worüber wir mit ihm gewiß nicht rechten wollen, nicht berücksichtigt worden, wohl aber natürlich andere neuere Arbeiten.

Anzuerkennen ist die große Sorgfalt des Verfassers, seine Belesenheit und die sorgsam abwägende, auch dem Gegner gerecht werdende Entwicklung seiner Ansichten. Die wissenschaftliche Grundrichtung ist eine wesentlich konservative, für den Geschmack manchen Lesers vielleicht gegen neuere Ideen allzuwenig zugängliche — man vergleiche seine Ablehnung des Fruchterwerbes des bonae fidei possessor (S. 376) und im Gegensatz dazu Petrazyckis neuere Arbeiten: in solchen Punkten treten sich die alte formaljuristische und die neuere sozial-

[39]) Dr. A. Randa, Hofrat und Professor an der (czechischen) Universität Prag, Das Eigenthumsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Werthpapiere des Handelsrechtes. Zweite zum Theil umgearbeitete Auflage. Leipzig 1893, Breitkopf & Härtel. XVI u. 564 S.

Digitized by Google

rechtliche Betrachtungsweise unvermittelt gegenüber. So ähnelt Randas Werk in mehrfacher Beziehung Langs im vorigen Heft angezeigtem Württembergischen Sachenrecht, wenn auch seine theoretische Bedeutung diesem an erster Stelle der Praxis gewidmeten Werk erheblich überlegen ist. Unser Buch liest sich leicht und genußreich; es wird bei seinem ständigen Eingehen auf die gemeinrechtlichen Fragen auch von anderen als österreichischen Juristen, die sich mit den einschlägigen Materien befassen, stetig zu beachten sein. Besonders interessant, gerade weil weniger bekannt, ist die historische Entwickelung des österreichischen Grundbuchrechts (S. 400 ff.), des Instituts der „Landtafeln" (S. 450). Ferner sind, wie die Werthpapiere, auch die Rechtsverhältnisse an Gewässern mit besonderer Vorliebe und Gründlichkeit behandelt (S. 39 ff.) Daß Referent nicht in allen Einzelpunkten der Ansicht des Verfassers beipflichten kann, ist bei der Mannigfaltigkeit der behandelten zweifelhaften Fragen nur zu natürlich; hierhin gehören die Bemerkungen gegen Thon S. 3, über das Eigenthum an Flüssen S. 101. Als Subjekt der Enteignung wird S. 163 der Unternehmer bezeichnet, während man wohl richtiger mit Schelcher den Staat als solches auffaßt. Uebrigens vertritt Randa die richtige Auffassung, wonach die Enteignung Staatsakt ist (S. 196). Ob die Anmerkungen über causa traditionis überall ganz konsequent sind (S. 298, 304), muß Referent dahingestellt sein lassen.

Dem Randa'schen an theoretischer Bedeutung und praktischem Werth völlig ebenbürtig ist das Werk von Hasenöhrl[40]) über das österreichische Obligationenrecht. Auch an äußeren Schicksalen ist die Arbeit ihrer besprochenen Schwester darin gleich, daß der erste Band derzeit in zweiter Auflage vorliegt. Da aber der zweite Band erster Auflage in diesem Archiv noch nicht besprochen ist, so möge über ihn zugleich mit referirt werden.

Referent muß das Werk H.s als geradezu vortrefflich bezeichnen. Leichte und klare Darstellung, die nur mitunter durch gewisse Austriazismen ein wenig gestört wird (II 226: „zur Gänze"), scharfe und selbstständige Auffassung nebst treffendem Judizium, endlich enorme Beherrschung der Litteratur, eines Windscheid nicht unwürdig — alles vereint sich, um das Werk zu einer bedeutsamen Leistung zu gestalten. Aehnlich wie es die hervorragendsten Bearbeiter des Preußischen Rechts, wie es nicht minder in Oesterreich Unger und Randa thun, legt auch H. stets das Gemeine Recht seiner Darstellung zu Grunde, so daß sein, in zwei starken Bänden nur den allgemeinen Theil des Forderungsrechtes umfassendes, Werk zugleich als vollständiges System des gemeinrechtlichen Obligationenrechtes anzusehen ist. — Die wissenschaftliche Grundtendenz der Arbeit ist, ähnlich wie die der Randa'schen, eine vorwiegend konservative. Verfasser lehnt in der Vorrede das „Eingehen auf Zukunftstheorien" als für die Darstellung eines bestehenden positiven Rechts

---

[40]) Dr. Victor Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht in systematischer Darstellung mit Einschluß der handels- und wechselrechtlichen Lehren. Wien, Manz. Bd. I, Aufl. 2, 1892, VIII und 700 S. Bd. II, Abth. I: 1886; Abth. II, 1890: 662 S.

Digitized by Google

ungeeignet ab (S. IV): bis zu einem gewissen Grade wohl mit Recht. Nur darf das nicht dazu führen, sich im Lehrbuch hermetisch von allen neuen Ideen abzuschließen — ein Vorwurf, der übrigens H. nicht oder nur selten trifft.

Was die Eintheilung anlangt, so zerfällt der erste Band in zwei Bücher: I. Natur der Obligationen (in vier Kapiteln: Begriff, Arten, Subjekt der Obligation, die obligatorische Leistung); II. Entstehung der Obligationen, Abth. I Vertrag (in fünf Kapiteln: Begriff und Arten, vertragschließende Personen, Inhalt, Willenserklärung, Ungiltigkeit). Der zweite Band bringt aus dem zweiten Buch noch die zweite und dritte Abtheilung: Einseitiges Versprechen (in drei Kapiteln: Auslobung, Inhaberpapier, Ordrepapier) bezw. Delikt. Das dritte Buch behandelt die Umänderung der Obligation (drei Kapitel: Aenderungen in Betreff des Gläubigers, des Schuldners, der Leistung); das vierte die Aufhebung der Obligation (zwei Kapitel: Erfüllung, besondere Aufhebungsarten). Ein — für den ersten Band nun leider schon veraltetes — Sach- und ein Quellenregister bilden den Beschluß.

Verfasser erweitert seinen Stoff dadurch, daß er in dankenswerther Weise einmal das Handelsrecht einbezieht (S. 60 f. und passim), dann aber zahlreiche sonst im allgemeinen Theile behandelte Materien bespricht, so die Zeitberechnung, die Lehren der Handlungsfähigkeit (S. 380) und der Stellvertretung (S. 410), deren Konstruktion bei ihm freilich unseres Erachtens nicht zutreffend ist. Besonders aber wird die ganze Theorie des Rechtsgeschäftes einschließlich der Bedingung (S. 484) und Befristung sehr ausführlich dargestellt, cfr. die, wenn auch wohl nicht durchschlagende, so doch mindestens sehr beachtenswerthe Kritik der Willenstheorie S. 568 ff. — Ferner geht Verfasser schon im allgemeinen Theil vielfach auf die einzelnen Forderungsrechte als Anwendungsfälle der allgemeinen Klassen ein (z. B. bei den Natural-, Korrealobligationen), wodurch die Darstellung an Anschaulichkeit und Faßlichkeit gewinnt. Andererseits fehlen leider ohne Grund Bemerkungen über vis maior, über den Maßstab des vertretbaren Verschuldens und die Frage der Haftung ohne Verschulden.

Aus der Fülle der Einzelheiten seien nur ein paar Punkte herausgegriffen. S. 8 bezeichnet Verfasser unseres Erachtens mit Unrecht den Inhalt des Rechts als eine Summe von Befugnissen, während das Erlauben doch gar nicht Sache des Rechts ist. S. 14 finden sich gute Bemerkungen über den Unterschied des Forderungs- vom Familienrecht, S. 18 desgleichen über die actiones in rem scriptae. S. 24 wird die Nothwendigkeit eines pekuniären Interesses abgelehnt. Als Kriterium der Naturalobligation hebt Verfasser nicht übel ausschließlich die Zahlbarkeit hervor, S. 37 ff. S. 102 ff. bekämpft er in scharfsinniger, wenn auch unseres Erachtens nicht durchschlagender Weise die gesammte Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen. Bei Darstellung des Geldes wird der wirthschaftliche Gesichtspunkt gegenüber dem juristischen wohl zu wenig in Rücksicht gezogen (S. 227), während übrigens dieser Abschnitt besonders gelungen ist. S. 272 erscheint die Definition des Interesses dem Sachwerth gegenüber zu eng; es giebt Interesse an Leistungen, wo überhaupt von einem Sachwerth gar keine Rede sein kann. Der Schaden erfordert, entgegen der Behauptung S. 273, doch keine Verletzung eines subjektiven Rechts — auch in der bloßen Entziehung des Besitzes ist ein Schaden zu finden (condictio possessionis!).

Digitized by Google

Die heutige selbständige Existenz der Kategorie der Realverträge wird S. 359 kaum mit Recht verneint. Beachtenswerth ist die Erörterung der Verträge zu Gunsten Dritter S. 448 ff.; H. läßt aus ihnen ein unmittelbares Recht des Dritten entspringen. Das relativ ungiltige Geschäft wird als ein an sich ungiltiger Akt aufgefaßt, der aber vielleicht wieder giltig werde (S. 693 ff.), was Bedenken hervorruft. — Sehr werthvoll sind Bd. II S. 36 ff. die Erörterungen über die Inhaberpapiere mit ihrer glänzenden Widerlegung der Vertragstheorie; Verfasser vertritt dagegen die Theorie des einseitigen Versprechens — nicht die Kuntze'sche Kreationstheorie, die er vielmehr S. 40 bekämpft. Beifallswürdig sind nicht minder die Bemerkungen S. 400 ff. über die exc. non adimpleti contractus, S. 464 über die Gewährleistung bei Genussschulden.

Eine kleine, aber gutgeschriebene und selbständig durchdachte Arbeit von Höcht[41]) behandelt das bayerische Jagdrecht. Sie giebt einen historischen Ueberblick (S. 1—13) und eine systematische Darstellung civil- wie strafrechtlichen Inhalts (S. 14—36 bezw. 36—41). Bei der berühmten Frage nach der civilrechtlichen Folge des Wilderns schließt sich Verfasser der Ansicht an, welche dem Berechtigten nur einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den Verletzer giebt (S. 30) — eine selbständige Begründung wäre hier erwünscht gewesen.

Crome[42]) hat seinem „Allgemeinen Theil" des französischen Civilrechts (cf. Bd. VII S. 185) nunmehr das Forderungsrecht folgen lassen. Es verdient alle Anerkennung, daß er sich durch den Entwurf, der der Geltung des Code bei uns ein baldiges Garaus machen wird, von seiner Arbeit nicht abschrecken ließ. In der That thut uns eine moderne Neubearbeitung des französischen Civilrechts, wie sie Verfasser bietet, dringend Noth. Der zweite Theil reiht sich dem ersten würdig an. Er ist übersichtlich, vollständig, ohne Weitschweifigkeit und geht überall mit Recht von der gemeinsamen Stammmutter aller modernen Rechtsbildung, dem Gemeinen Recht, aus, wenn auch in der Berücksichtigung von dessen Litteratur unseres Erachtens hier und da etwas mehr hätte geschehen können. Die Stärke beruht in der Entwickelung der allgemeinen Prinzipien. Von Einzelheiten sei hervorgehoben, daß die heutige Geltung der Realverträge — anders als bei Hasenöhrl — vertheidigt wird (S. 9), und zwar weil nach der Auffassung des Verkehrs und der vermuthlichen Intention der Parteien ihre eigenthümlichen Regeln erst durch die Hingabe eintreten sollen. Auch in puncto des Vermögenswerthes der Obligation ist Verfasser anderer Ansicht wie Hasenöhrl, indem er mit auf alle Fälle guten Gründen für seine Nothwendigkeit eintritt (S. 11) — daß sie entscheidend seien, wollen wir damit nicht sagen. Sehr ausgiebig wird das Neuerecht behandelt, S. 156 ff., ebenso die Subrogation, d. h. der Eintritt des zahlenden Dritten in die Gläubigerrolle, S. 276 ff.

Ein dem Durchschnittsleser ferner liegendes Buch ist es, das uns aus der

---

[41]) Dr. Fr. Höcht, Systematische Darstellung des im rechtsrheinischen Bayern geltenden Jagdrechts. München 1893, Schweitzer, 42 S.

[42]) Dr. C. Crome, Amtsrichter und Privatdozent, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894, Bensheimer. VIII und 411 S.

Digitized by Google

Feder eines südafrikanischen Advokaten van Zyl[43]) über die gerichtliche Praxis des Rechts von Kapland vorliegt. In dieser Südspitze von Afrika gilt das römisch-gemeine Recht, „the Roman Dutch Law", das die Holländer dort eingeführt und die Engländer von ihnen übernommen haben. Verfasser giebt nun keine wissenschaftliche Darstellung dieses Rechts, sondern eine „Theorie der gerichtlichen Praxis", d. h. etwa eine Darstellung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit, rein praktisch in Anordnung und Darstellung; das erste der 40 Kapitel handelt charakteristischer Weise „on the commencement of an action in general". Ueberall sind Formulare und Muster zum praktischen Gebrauch beigefügt, sodaß das Werk seinen nächsten Zweck sicherlich erfüllen wird. Aber auch bei uns kann es dem Freunde rechtsvergleichender Forschung manchen Dienst leisten; noch unmittelbareren demjenigen, der als Advokat oder sonst mal Gelegenheit hat, mit den capländischen Gerichten in Beziehung zu treten.

V. Oeffentliches Recht.

Von den uns vorliegenden civilprozessualischen Arbeiten ragt die preisgekrönte Schrift eines jungen Oesterreichers, Eckstein,[44]) als eine sehr verdienstvolle Leistung hervor, auf deren Bedeutung hier nur kurz hingewiesen werden kann. Sie greift über ihr eigentliches Thema in mancher Beziehung hinaus; so in der Skizze über das Wesen des subjektiven Rechts und der juristischen Person (S. 226 ff., 283), die freilich trotz aller selbständigen Gedanken u. E. nicht zu befriedigenden Resultaten gelangen.

Sehr gelungen, wenngleich wie das ganze Buch hier und da etwas breit gerathen, ist die historisch-dogmengeschichtliche Skizze S. 1 ff. Die Intervention ist im deutschen und im römischen Recht grundsätzlich verschieden (S. 74) — dort Defensionspflicht und Vertretungsbegehren, hier Litisdenuntiation und Interventionsrecht. Der Unterschied wird nach Eckstein gemeinhin verkannt. Die in Oesterreich vorherrschende Ansicht sieht in der Intervention Vertretungsleistung, was Verfasser scharf bekämpft und wogegen er für ein Interventionsrecht eintritt. Denn ihr Zweck ist, Demjenigen, der in seiner Rechtssphäre durch das Urtheil eines fremden Prozesses tangirt wird, die Möglichkeit zu verschaffen, dieses Urtheil mitzubestimmen (S. 202). Aus der Intervention scheidet die sogenannte Hauptintervention aus (S. 59); die wahre Intervention ist stets Drittbetheiligung bei einem Prozesse, in welchem man nicht Kläger, nicht Beklagter ist (S. 63, 256). Der Intervenient, obzwar nicht selbst Partei, partizipirt doch am Streit, selbständig in Erklärungen und Handlungen wie ein Streitgenosse der Hauptpartei.

---

[43]) C. H. van Zyl, attorney-at-law, The judicial practice of the colony of the Cape of Good Hope and of South Africa generally. Capetown u. Johannisburg 1898, J. C. Juta. XVI und 674 S.

[44]) Dr. Joseph Eckstein, Die Intervention nach österreichischem Recht. Vom deutschen Juristenverein in Prag gekrönte Preisschrift. Leipzig 1898, Duncker und Humblot. VIII u. 295 S.

Digitized by Google

Eine zweite Arbeit von Zeitlmann[45]) hat sich eine sehr spezielle Aufgabe gesetzt, ist übrigens gewandt geschrieben und selbständig gehalten. Die Resultate des Verfassers sind: a) entgegen der herrschenden Meinung soll ein späteres Versäumnißurtheil das frühere Zwischenurtheil zu respektiren haben, S. 10 und namentlich S. 20, wo dargethan wird, daß die Gegner im Fall des §. 276 C.P.O. selbst eine von ihrem Standpunkt aus inkonsequente Ausnahme zulassen müssen; b) das bedingte Endurtheil ist in Wahrheit Zwischenurtheil, es kann noch hinter ihm ein Versäumnißurtheil erlassen werden, das jenes freilich respektiren muß (S. 34, 36, 52).

Mehr civilistisches Interesse hat neben ihrer großen praktischen Bedeutung die Aufgabe, der sich Burlage[46]) in einer gut geschriebenen und sehr verständnißvollen Arbeit unterzogen hat. Verfasser giebt eine gute historische Uebersicht, eine dogmatische Darstellung sowie Vorschläge de lege ferenda. Wie sehr ihm Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung am Herzen lag, zeigt die dankenswerthe geschichtliche Uebersichtstafel S. 19. — Aus den landwirthschaftlichen Betrieben sind nach Burlage zwei Klassen von Gegenständen auszusondern: die zur unmittelbaren Verwendung in der Wirthschaft bestimmten und die dazu nicht dienenden Sachen (S. 23). Nur bei ersteren trifft die ratio für die Nichtpfandbarkeit zu, bei ihnen aber auch absolut, sodaß ein Verzicht des Schuldners auf die Exemtion einflußlos sein muß (sehr richtig!), wie Verfasser des längeren erweist (S. 9, 75). Die gefundene Unterscheidung und die Unverzichtbarkeit werden zur Vermeidung von Zweifeln und falschen Auslegungen der Aufnahme in das Gesetz selbst empfohlen.

Zahlreiche civilprozessualische Beiträge mannigfachen Inhalts bietet uns die rüstig vorwärtsschreitende Zeitschrift für Civilprozeß,[47]) von der bereits der achtzehnte Band ganz und der neunzehnte Band bis auf das letzte Heft vorliegen. Auf ihren Inhalt in entsprechender Ausführlichkeit einzugehen, verbietet uns Anlage und Raum unserer civilistischen Rundschau; wir können nur konstatiren, daß die Zeitschrift ihrer Aufgabe in jeder Weise vollauf gerecht wird. Neben den Aufsätzen enthält dieselbe noch eine Anzahl gerichtlicher Entscheidungen nebst Besprechung, Mittheilungen aus der Gesetzgebung, endlich eine Anzahl zum Theil werthvoller Rezensionen, sowie in jedem Band einen besonders interessanten, durch Genauigkeit und Vollständigkeit ausgezeichneten „Gesammtbericht" über die einschlägige Litteratur von Kleinfeller (in Band XVIII S. 408—449), der dankenswerther Weise auch civilistische Werke vielfach heranzieht. Auch die Abhandlungen bewegen sich vielfach auf der Grenze des materiellen Rechts, so die von Gercke über die Wirkungen des

[45]) Dr. Eugen Zeitlmann, Ueber den Einfluß der Zwischenurtheile und des bedingten Endurtheils auf nachfolgende Versäumnißurtheile. München 1893, Schweitzer. IV u. 88 S.

[46]) E. Burlage, Amtsrichter in Oberstein, Die Pfändung bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben. Berlin 1893, O. Liebmann. VI u. 108 S.

[47]) Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, begründet von Busch, herausgegeben von Schultzenstein und Bierhaus. Berlin, Carl Heymanns Verlag. Band XVIII, 1893 IV u. 562 S. — Band XIX Heft 1—3, S. 1—364.

Digitized by Google

Pfändungspfandrechts, von Neubauer über das schiedsrichterliche Verfahren; endlich die größere rechtshistorische Arbeit von W. Endemann über das alte Reichskammergericht. Auf Band XIX werden wir noch zurückkommen.

Nur mit einem Wort mag auf drei andere vorliegende publizistische Arbeiten hingewiesen werden.

a) Bauke[48]) behandelt die in neuerer Zeit wiederholt besprochene Frage, ob und inwieweit dem Geistlichen gegenüber während des Gottesdienstes Nothwehr zulässig sei, und beantwortet sie in dem sehr flott und gut geschriebenen Aufsatz entgegen dem Reichsgericht in verneinender Weise. Wir vermögen dieses Resultat trotz der vom Verfasser zugegebenen Modifikationen (S. 51) nicht zu acceptiren.

b) Wahrmund[49]) legt den ersten Band eines umfassenden Werkes über den Kirchenpatronat in Oesterreich vor. Das Buch ist fleißig und verdienstvoll; das massenhafte, noch wenig verarbeitete Material wird historisch und kritisch gesichtet und dadurch ein interessantes Gesammtbild geschaffen. „Es ist eine der fesselndsten Partien in der Geschichte des Kirchenrechts", sagt Verfasser in der Vorrede mit Recht, „durch die unser Weg hindurchführt. Hier giebt es kein friedliches Gedeihen; der Widerstreit der Interessen, der Kampf der Rechtsnorm mit dem Leben begleitet den Forscher überall" (S. VIII). Obwohl für den Civilisten und Dogmatiker nicht in erster Linie geschrieben, ist das Buch somit doch auch für ihn lesenswerth, und man kann dem zweiten Theil, der die staatsrechtliche Stelle des Patronates behandeln soll, mit guten Hoffnungen entgegensehen.

c) Ein Aufsatz Thayers,[50]) Professor an den Harward-Universität, befaßt sich mit der amerikanischen Doktrin des verfassungsmäßigen Gesetzes. Der lichtvolle, staatsrechtlich recht interessante Aufsatz ist aus einem am 9. August 1893 zu Chicago vor dem „Congress on Jurisprudence and Law Reform" gehaltenen Vortrag hervorgegangen.

VI. Varia.

Eine werthvolle Arbeit legt Ad. Lenz,[51]) den Lesern unserer Rundschau bereits wohlbekannt (oben S. 270), in seiner „Zwangserziehung in England" vor. Verfasser hat seine Studienreise nach dem britischen Inselreich zu dem lobenswerthen Zwecke benutzt, sich an Ort und Stelle über eine hochwichtige, nicht nur den Juristen, sondern fast mehr noch den Sozialökonomen und Politiker interessirende Einrichtung zu informiren. Ist doch, wie Lenz mit

[48]) L. Bauke, Die Zulässigkeit der Nothwehr gegenüber beleidigendere Aeußerungen seitens des Geistlichen während des Gottesdienstes. Berlin 1894, Carl Heymanns Verlag. 57 S.

[49]) Dr. Ludw. Wahrmund, Professor in Czarnowitz, Das Kirchenpatronatrecht und seine Entwickelung in Oesterreich. Abt. I.: Die kirchliche Rechtsentwicklung. Wien 1894, Hölder. XVI und 184 S.

[50]) James Bradley Thayer, The origine and scope of the american doctrine of constitutional law. Boston 1893, Little, Brown & Cie. 30. S.

[51]) Dr. Adolf Lenz, Die Zwangserziehung in England. Stuttgart 1894, F. Enke. XVI u. 186 S.

Digitized by Google

einem Ausspruch Beccaria's seine Schrift zutreffend beginnt, das sicherste, aber schwierigste Mittel, dem Verbrechen vorzubeugen, die Verbesserung der Erziehung.

Die Darstellung des gewählten Gegenstandes ist dem Verfasser trefflich gelungen. Seine Arbeit ist gut und klar geschrieben, zeugt von vollem Verständniß und großem Fleiß. Sie hätte vielleicht noch an Bedeutung gewonnen, wenn Lenz auf Grund seiner Studien auch Betrachtungen de lege ferenda angeknüpft hätte — wir hoffen, ihm in dieser Richtung noch zu begegnen!

Von Hilse[52]) umfassendem Handbuch der Straßenbahnkunde, dessen früher erschienene Theile schon Band VII S. 388 besprochen sind, liegt die dritte abschließende Lieferung des zweiten Bandes nunmehr vor. Sie behandelt in fünf Abschnitten: 1. das Verkehrsgesetz, 2. das Betriebsgesetz der Straßenbahnen, 3. die richtige Verwendeng der Mittel, 4. zweckmäßige Betriebsmaßregeln, 5. allgemeine Verhaltungsmaßregeln — hat also weit mehr technischen und volkswirthschaftlichen, als juristischen Inhalt. Indeß auch dem Juristen, der sich mit dem Recht des so hochwichtigen modernen Verkehrsinstituts der Straßenbahnen befaßt, wird die Arbeit des auf diesem Gebiete besonders kompetenten Verfassers nicht unwillkommen sein.

Den Abschluß macht ein eigenartiges, jedenfalls nicht uninteressantes Werk eines österreichischen Auditeurs, Dangelmaier,[53]) militärrechtlichen und „militärethischen" Inhalts. Die Arbeit enthält eine Anzahl zum Theil essaiartiger Betrachtungen über einschlägige Fragen, im Ganzen 16 (darunter I. das Militärstrafrecht des Alterthums und der Gegenwart, II. das Recht und die Pflicht zur Anwendung der Waffe, VIII. der Zeitgeist und das Militärstrafrecht, IX. die Ehrennothwehr, XIII. der Geist des Heeres und der Idealismus 2c.), anscheinend ohne feste Disposition etwas bunt durcheinander gewürfelt. Die Arbeit ist warm und flüssig geschrieben; ihre Tendenz ist lobenswerth und der Verfasser zeigt sich als einen vielseitig — nicht zum wenigsten philosophisch — unterrichteten Mann. Mit guten Gründen weist er die Nothwendigkeit selbstständiger Gestaltung des Militärstrafrechts nach, das jedoch keine vereinzelte Disziplin, sondern nur ein Zweig der allgemeinen Rechtsordnung beziehungsweise -wissenschaft ist, daher von dieser auch nicht, wie bisher geschehen, links liegen gelassen werden darf.

Auf den Namen einer eigentlich rechtswissenschaftlichen Arbeit kann unser Buch nach alledem keinen Anspruch machen; es ist mehr populär und feuilletonistisch (cfr. z. B. S. 120 oben). Andererseits fehlen auch tiefere, treffende Bemerkungen nicht, so S. 109 über die Bedeutung des Zeitgeistes für die Rechtsentwickelung Auch die Theorie des Militärstrafrechts S. 169 ist wohlgelungen.

---

[52]) Dr. jur. et phil. C. Hilse, Syndikus, Handbuch der Straßenbahnkunde. Band II Lieferung 3: Straßenbahnbetriebslehre. München und Leipzig 1893. Oldenbourg. XVI u. S. 449—653

[53]) Dr. Emil Dangelmaier, Major-Auditor, Militärrechtliche und militärethische Abhandlungen, mit Berücksichtigung der Gesetzgebung Oesterreich-Ungarns, Deutschlands, Frankreichs und Italiens. Wien 1893, Braumüller. VII u. 230 S.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Abrechnungskasse für Kammzugsgeschäfte in Leipzig 330.
Acceptation eines Wechsels. Irrevokabilität 41 16.
actio aquae pluviae arcendae 189, 191.
actio legis Aquiliae 210.
Aktiengesellschaft. Zeichnung des Vorstandes 56; — Haftung des Vorstandes 235; — Tantiemen des Vorstandes 236.
Aktienwesen. Beabsichtigte Einbeziehung in die Berathungen der Börsen-Enquete-Kommission 280.
Aktivvermögen. Benachtheiligung der Einzelgläubiger durch Minderung desselben 214.
Alimentirung ehelicher Kinder 220.
Amerikanische Börsen. Eintrittsgeld 290.
Anerkennungsurkunde. Tradition derselben 40.
Anfechtungsrecht in und außerhalb des Konkurses. Bezügliche Entscheidungen des Reichsgerichts 213.
Annahmeverzug 202.
Anstiftung zur Beschädigung 210.
Arglist bei einer Leistung an Zahlungsstatt 205.
Arglistige Beeinflussung der Kurse oder Preise an den Börsen 303.
Arzt. Haftung eines solchen 238.
Aufhebung von Börsen 286; — von Servituten 192.
Auflösungsbeschluß einer Kommission 109.
Aufsicht über die Börsen 282.
Auftrag 21, 33; — Doppelmandat 233.
Auslegung von Verträgen 182.
Ausscheiden aus einer Kommission 100.
Ausschließung von Vereinsmitgliedern 226.
Ausschuß. Unterschied vom Verein 69.
Ausstreuung 237.
Auswanderungsagent 235.
Außerkontraktliche Empfehlung 212.
Autorrecht an Gemälden 231; — am Portrait 232.
Bankdirektoren. Börsenspekulationen derselben 315.
Baum. Beschädigung von Personen durch das Fallen eines solchen 240.
Bedingte Gestattung von Besitzeshandlungen und Tradition 32.
Bedingtes Eigenthum einer Kommission an Zuwendungen 90.
Bedingung 14, 224; — Beweislast 184.
Beendigung der Kommission 109.
Begräbnißplätze. Engerer Verband von Gräbern mit besonderem Verschluß auf solchen 227.
Benachtheiligung der Gläubiger im Konkurse 214.
Bereicherung im Sinne der Konkursordnung 216.
Bergbau. Benutzung und gewerbliche Ausbeutung einer bei Ausübung des Bergbaues aufgefundenen Höhle 198.
Berlin. Straßenbenutzungsgebühr der dortigen Pferdebahnen 351.
Berliner Börsenordnung. Entziehung des Rechtes zum Börsenbesuch nach derselben 297.
Beschränkte Haftung seitens eines Ausschusses 129.
Besitz von Servituten 187, 191.
Besitzentäußerungswille des Uebergebers 28.
Besitztradition 25.
Besitzwille des Empfängers 28.
Bestätigung von Rechtsgeschäften. Rückwirkende Kraft derselben 182.
Beweis des Gewohnheitsrechts 173.
Beweislast bei Bedingungen und Vorbehalten 185; — bei der actio legis Aquiliae 211.
Bordellverkauf 200.

Digitized by Google

Börsen. Rechtliche Stellung und Organisation derselben 280; — Begriff der Börse 281; — Verfassung der Börsen 289.
Börsenberichte der Presse 804.
Börsenbesucher. Zahl an den deutschen Börsen 281; — Zulassung 287.
Börsendisziplin 299; — Gegenwärtige Handhabung 317.
Börsendisziplinarhof 299, 301; — insbesondere Zusammensetzung 318; — Regierungskommissar bei demselben. 320; — Verfahren 323; — Strafen 325; — Ehrenerklärung zu Gunsten des Angeklagten 325.
Börsen-Enquete. Ausführungen, betr. dieselbe 273.
Börsenkommissär in Oesterreich 285.
Börsenordnungen. Obligatorischer Inhalt derselben 287.
Börsenschiedsgerichte 327.
Börsenspekulationen. Anreizung zu solchen 311.
Börsenspekulationsgeschäfte. Welche Kategorien von Personen davon ferngehalten werden sollen 314.
Böswliche Verlassung 219.
Bürgschaft 9, 42, 204; — Uebernahme durch einen Stellvertreter 183.

causae detentionis 29.
causae traditionis 26.
cautio damni infecti 190.
Cession 203.
Civiltrauung. Charakter derselben 14.
condictio indebiti 58.
condictio sine causa 58.
constitutum possessorium 6, 30, 231.

Darlehen 18, 21, 51; — zu bestimmter Verwendung. Rechtsverhältniß bei Vermittelung der Anlage durch einen Notar 233.
datio in solutum 205.
Deliktsobligationen 210.
Deposition 205.
Dereliktion 33.
Detention 28, 186.
Dienstboten. Haftung für ihre Gesundheit und ihr Leben 209.
Dienstvertrag. Aufhebung eines solchen 208.
Dividendenscheine 236.
Doppelmandat 233.

Effektenbörse. Bedeutung für das wirthschaftliche Leben der Gegenwart 278.
Ehe. Ungültigkeit 217.
Ehebruch als kompensationsweise geltend gemachter Einwand 219; — im gemeinen jüdischen Eherecht 219.
Ehefrau. Abwesenheit von der Wohnung des Ehemannes 217; — Geschäftsfähigkeit 218.
Ehegatte. Korrespektives Testament 221; — Rückfall des einem solchen testirten Vermögens im Falle des Eingehens einer neuen Ehe 224.
Eheliches Zusammenleben. Wann die Ehefrau davon entbunden ist 226.
Ehescheidung. Bezügliche Entscheidungen des Reichsgerichts 218.
Eheschließung von Reichsangehörigen oder Schutzgenossen im Auslande 176.
Eheversprechen eines Ehemannes 217.
Eigenthumstradition 25.
Eigenthumsverlust durch Enteignung 190.
Eisenbahn. Haftpflicht 209, 240.
Eisenbahnbeamte. Aussicht auf dienstliche Beförderung bei Bemessung der Rente eines verunglückten Beamten 209.
Emissionshäuser. Verpflichtung zu Informationen 307.
Empfehlung, Außerkontraktliche 212.
England. Börsen-Untersuchungskommissionen daselbst 274.
Enkelpflichttheil. Berechnung desselben 221.
Enteignung 190.
Erbschaftsausschlagung. Anfechtung einer solchen 215.
Erbschaftsklage. Passivlegitimation zu derselben 222.
Erbvertrag. Dispositionen über das Vermögen bei Vorhandensein eines solchen 222.
Erfüllung der Obligationen 204.
Ermächtigung s. Vollmacht.
Ermäßigung einer Schuld unter der Verpflichtung, bei besseren Verhältnissen Nachzahlungen zu leisten 205.
Exotische Werthe. Betheiligung des Publikums an solchen 279.

Fabrikschornstein. Verpflichtung, einen solchen zu erhöhen 228.
Fahrlässigkeit. Schadenersatz in Folge einer solchen 202.
Fahrrad. Durch einen Hund veranlaßtes Abstürzen des Radfahrers 238.
Falsus procurator. Haftung desselben 183.

Digitized by Google

Familienrecht. Bezügliche Entscheidungen des Reichsgerichts 217.
Faustpfand nach der Zahlungseinstellung 230.
Fensterrecht 191, 229.
Fiduziarische Geschäfte 6.
Firma. Falsche Ortsbezeichnung als Zusatz zu einer nicht beanstandeten Firma 212.
Flüsse. Oeffentliche 180; — private 189.
Frachtvertrag 208.

Garantiezeichnung seitens der Mitglieder eines Ausschusses 105.
Gebäudeservituten 193.
Geistesstörung eines Ehegatten 217.
Gemälde. Autorrecht an solchen 231.
Gemeinschuldner. Benachtheiligung der Konkursgläubiger durch ihn 214.
Generalversammlung eines Vereins. Ausschließung durch dieselbe 226.
Geschäftsbedingungen, welche gegen den kaufmännischen Anstand verstoßen, im Börsenverkehr 310.
Geschäftsverkauf 200.
Geschiedene Frau. Ansprüche einer solchen wegen Verführung 217.
Geschlechtslust. Handlungen zur Erregung derselben, ob ausreichender Grund für die Scheidung von Tisch und Bett 218.
Gesellschaft 42, 235.
Gestattung von Besitzhandlungen 81.
Gewerbliche Anlage. Herstellung von Einrichtungen zur Beseitigung schädlicher Einwirkungen 190.
Gewohnheitsrecht. Bezügliche Entscheidungen des Reichsgerichts 172.
Glasgow. Aufnahmebedingungen an dortiger Fonds-Börse 290.
Grube. Abänderung des unterirdischen Wasserlaufs durch Ausschachten einer solchen 190.

Haftpflicht 209.
Haftung aus einem Versprechen ohne Annahme 9; — der Kommissionen 108; — der Hintermänner einer Kommission 77; — des Vorstandes einer Aktiengesellschaft 235; — des Arztes 238; — für Schaden durch Sachen 238.
Hamburger Börse 288.
Handelsangestellte. Abschluß von Börsengeschäften mit solchen 314.
Hingabe an Zahlungsstatt. Anfechtung einer solchen 215.
Hund. Schaden durch einen 238.
Hypothekarisch belastetes Grundstück. Rechtsverhältniß zwischen dem Käufer und Verkäufer eines solchen 208.

Jagd. Verletzung einer Person auf einer solchen 202.
Innominatkontrakte. Reueklage des Leistenden bei solchen 18.
Interdictum quod vi aut clam 213.
Interesse 200.
Internationales Privatrecht. Bezügliche Entscheidungen des Reichsgerichts 171.
Irrenanstalt. Selbstmord in einer solchen 212.
Irrthum 238.
Juristische Personen. Haftung 204.

Kanal. Umzäumung eines solchen 241.
Kassenbeamte öffentlicher Behörden. Abschluß von Börsengeschäften mit solchen 314.
Kassenkontrole. Nachlässige Handhabung seitens einer juristischen Person 204.
Kauf 42, 206; — Kauf auf Probe 46; — Betheiligung an einem solchen als Nießbraucher oder Auszügler 182.
Kaufvertrag. Verpflichtungen aus demselben 19.
Kaufzusammenhang 237.
Kirchhöfe s. Begräbnißplätze.
Kleinbahnengesetz. Streitfragen aus demselben 348.
Kodizille. Konfirmation derselben 220.
Komitees 67.
Kommissionen 67.
Kommissionsmitglieder. Haftbarmachung durch die Hintermänner 80; — Verhältniß unter einander 101.
Kommissionsschuld. Bezahlung durch ein Kommissionsmitglied 102.
Kommissionsvermögen. Gesonderte Verwaltung desselben 81.
Konkurs. Verbreitung des Gerüchts, daß Jemand im Begriffe sei, Konkurs zu machen 237.
Konkurseröffnung. Anfechtungen nach derselben 213; — von Kommissionsmitgliedern 100, 107.
Konsens. Bindender Ausdruck desselben durch einen Realakt 16, 17.
Konsensualdarlehen 51.
Konsensualvertrag, ob lediglich Vorvertrag, dem die Erfüllung durch einen Realvertrag nachzufolgen hat 49.

Digitized by Google

Kontokorrentvertrag. Abschluß ohne ausdrückliche Abmachung 206.
Kontrakt s. Vertrag.
Kooptation von Kommissionen 101.
Körperverletzung im Sinne des Haftpflichtgesetzes 210.
Korrespektives Testament der Ehegatten 221.
Kreditkauf. Irrthum in der Person bei einem solchen 283.
Kühe. Haftung für Schaden durch 239.

Lebensversicherung 43.
Legalservituten 188.
Liquidationskassen 329.
locatio conductio 208.
Londoner Stock-Exchange. Aufnahmebedingungen 289.
Lotteriekomitee 124.
lucrum cessans auf Grund einer iniusta causa 201.

Mandat s. Auftrag.
Maschine. Verletzung eines Arbeiters an einer solchen 209.
Miethe 21, 42.
Miethsansprüche. Täuschung bei einer Cession solcher an den Käufer des Hauses 207.
Miethsstempel für die Verträge betr. die Gleiseinbaugenehmigung der Straßenbahnen 356.
Mine. Abfluß des Wasser von einer nicht bearbeiteten Mine 228.
Miteigenthum 227.
Miteigenthumsansprüche. Cession solcher 187.
Modelle. Rechtsstellung bei Verlagsverträgen zwischen Bildhauer und Vervielfältiger 228.
mora accipiendi 202.
Mühlengerechtigkeiten an Privatflüssen 189.

Nachbarrechte 188, 228.
Nachlaßinventar 222.
Nachschuß-Forderung des Bankiers 310.
Namensrecht 177.

Obligationen. Entstehung 195. — Inhalt 200. — Subjekte 202. — Ende 204.
Obligationenrecht. Entscheidungen des Reichsgerichts aus dem speziellen Theile 206.
Obligatorische Verträge 7.
Oeffentliche Flüsse. Gebrauchsrechte an solchen 180.
Oeffentlichkeit im Verfahren vor dem Börsendisciplinarhofe 323.
Offerent. Rücktritt von der Offerte u. Verweigerung der Annahme des Gegenversprechens 8, 9.
Offerte. Auffassung als Versprechen 7. — Annahme einer solchen 9. — Gebundenheit an eine solche für eine bestimmte Zeitdauer 10.
Okkupation 33.
Oralfideikommiß. Beweis eines solchen 220.
Orts- u. Handelsgebräuche. Rechtliche Bedeutung derselben 4.

Passivmasse. Benachtheiligung der Konkursgläubiger durch Vermehrung derselben 214.
Persönliche Fähigkeit zu Rechtsgeschäften 174.
Pertinenzen 178.
Pfandgläubiger von Aktien 229.
Pfandrecht 194, 229, 230, 231.
Pfandübergabe 80.
Pferde. Schaden durch 237, 239.
Pflichttheilsberechtigte 242.
Portrait. Autorrecht an einem solchen 232.
Prämiengeschäft 50.
Preßbeeinflussungen seitens der Börse 304.
Prioritätsanleihe. Verweigerung der Abnahme der bei einer solchen gezeichneten Stücke 206.
Privilegien 185.
Produktenbörse 286.
Prostituirte. Qualification eines Hauses zur Vermiethung an solche 201.

Qualitäten mit besonderen Preisen. Dem Verkäufer eingeräumte Wahl zwischen solchen 207.
Quellen 188.
Quittungen 38.

Realakt der Leistung in Widerspruch mit dem innern Konsense 17.
Realkaution bei dem Antrag auf Zulassung zur Börse 293.
Realkontrakt 17.
Rechnungslegung einer Kommission 80; — eines Komitees 115.
Res judicata. Ob die Entscheidungsgründe res judicata bewirken 224.

Digitized by Google

Res publicae. Eigenthum an solchen 181.
Reservatio mentalis 13.
Resolutivbedingung 15, 224.
Rettungsversuche. Haftung für den Schaden, der bei solchen entstanden ist 211.
Rückerstattungsanspruch. Umfang desselben 216.
Rückwirkung bei der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte 182.

Sammelausschüsse 72, 82, 85, 103, 114.
Schadenbetrag. Berechnung 201.
Schadenersatz. Internationales Recht 175; — vgl. im Uebr. Deliktsobligationen, Haftung, Obligationen (Inhalt).
Schenkung 9, 41, 207; — an den zweiten Ehegatten 242.
Schlüssel zu einem Gebäude. Uebergabe derselben 186.
Schriftliche Anerkennung 39; — Verträge 38, 39.
Schuldbekenntniß. Einrede der Simulation bezüglich eines solchen im schweiz. Obligationenrecht 14.
Schuldscheine 88, 89, 228.
Servituten 187, 188, 191, 229.
Simulation bei der Trauung 13; — Bezügliche Entscheidungen ausländischer Gerichte 223.
Simulirtes Rechtsgeschäft. Anfechtung eines solchen 183.
Solidarobligationen 202.
Sparkassenbuch. Schenkung eines solchen 208 $_{81}$.
Spolienklage 187.
Sponsalien 217.
Sprengung. Scheuwerden von Pferden in Folge einer unvorsichtigen Sprengung 237.
Staatliche Kommissionen 74.
Staatliches Beamtenverhältnis. Ansprüche aus einem solchen 174.
Staatskommissar für Börsen 284, 299.
Stacheldraht. Beschädigung durch einen solchen 241.
Stellgeschäft 50.
Stellvertretung 32, 183.
Stillschweigende Willenserklärung 46, 182.
Stipulation 37.
Strafandrohungen zur Sicherung von Obligationen 202.
Straßen. Tieferlegung 190. — Haftung für durch Mangelhaftigkeit der Straße verursachten Schaden 241.
Straßenbahnen in Deutschland 347. — Genehmigung zum Gleiseinbau für solche 348. — Wirkung des Kleinbahngesetzes auf bestehende St. 351.
Straßeneigenthümer. Recht, den Schienenweg zu erwerben 352; — Mitbestimmungsrecht über die Beförderungsleistungen der Straßenbahnen und die Benutzung des Schienenwegs durch Dritte 354.
Suspensivbedingung bei Versprechen 14.

Tausch 42.
Telegramm. Verstümmelung eines solchen 195.
Telegraphenanstalt. Pole, Drähte und Instrumente einer solchen 227.
Terminhandel 283.
Testament. Korrespektives 221; — welches Recht für den Inhalt eines solchen maßgebend ist 176.
Testamentsexekution 221.
Theilleistungen des Schuldners 335.
Thiere. Schaden durch 237, 239.
Tod des Mandanten eines Ausschusses 77; — desgl. eines Kommissionsmitgliedes 100.
Tradition 1, 25.
Trennung von Tisch und Bett 218.

Umgehungsgeschäft 6.
Umsteigen von Reisenden auf Anordnung eines Beamten 209.
Uneheliche Beiwohnung durch einen verheiratheten Mann 237.
Unfall im Sinne des Haftpflichtgesetzes 210.
Ungültigkeit der Ehe 217.
Universalfideikommiß 220.
Unterkomitees 110.
Unterschrift als bindender Ausdruck eines Versprechens 37, 38. — als Anerkennung eines rechtlichen Thatbestandes 38.

Verein. Schulden eines solchen 225; — Ausschluß aus einem solchen 226.
Verkauf mit Rückkauf zum Zweck der Sicherung 231.
Verlagsvertrag. Uebertragbarkeit 234.
Vermögenserwerb von Kommissionen 83.
Verpfändung. Anfechtung einer solchen 215.

Digitized by Google

Versicherung 43.
Versicherungspolice. Insinuation bei Schenkung von solchen 207.
Versicherungsvertrag. Nach welchen Gesetzen sich der Rechtsbestand eines solchen richtet 174.
Versprechen. Arten desselben 9. — zu Gunsten eines Dritten 15.
Vertrag. Verwendung des Ausdrucks „Vertrag" in der neueren Theorie 1; — Begriff 2; — Elemente 24; — Rechtsprechung des Reichsgerichts 195, 206; — vgl. Obligation.
Vertrag ohne Gebundenheit 233.
Vertragsabschluß unter Abwesenden 11.
Verzicht auf Forderungen 28.
Vollmacht 32, 183.
Voraussetzungen der Anfechtung 213.
Vorstand einer Aktiengesellschaft. Zeichnung der Willenserklärungen 56; — Haftung 235; — Tantiemen 236.
Vorvertrag. Bedeutung für den Verkehr 53.

Waaren-Liquidationskasse in Hamburg 330.
Wasserlauf. Schutz der Unterlieger gegen Ablenkungen desselben 189. — Veränderung des natürlichen Wasserlaufes zum Nachtheil des Nachbargrundstücks 191.
Wasserwelle. Verfügungsrecht des Quelleigenthümers über die fließende Wasserwelle 188.
Wechselverbindlichkeit 40.
Weide- und Wiesenkomplex als Zubehör mehrerer Güter 227.
Widerruf eines Auftrages 23.
Widerruf der Vollmacht 33.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 182.
Wiederkaufvertrag 231.
Wille bei Rechtsgeschäften 3.
Willenserklärung 45; — stillschweigende 182; — Auslegung 182.
Wohnsitz. Begriff 178.

Zahlung. Verrechnung einer solchen bei Vorhandensein verschiedener Forderungen 204.
Zucker-Liquidationskasse in Magdeburg 330.
Zulassung zur Börse 291.
Zwang 223.
Zwangslootsen. Haftung für das Verschulden eines solchen 175.
Zwangs- und Bannrecht 193.
Zweckvermögen einer Kommission 84.
Zweischneidiges Prämiengeschäft 50.

II. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag 259.
—, Die Wirkungen des Rechtsirrthums 366.
v. Bar, Das Fremdenrecht und seine volkswirthschaftliche Bedeutung 272.
Baron, Der Mönchensteiner Eisenbahnunfall 376.
Bauke, Die Zulässigkeit der Nothwehr gegenüber beleidigenden Aeußerungen seitens des Geistlichen während des Gottesdienstes 387.
Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 1 248.
Biermann, Rechtszwang zum Kontrahiren 371.
Braun, Hegener et Ver Hees, Traité pratique de droit civil allemand 247.
Bruckner, Zur Geschichte des Fideikommisses 361.
Burlage, Die Pfändung bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben 386.
Caro, Der Wucher 272.
Cassell, Die Form der Rechtsgeschäfte im Gebiete des Landrechts 267.
Croissant, Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit 375.
Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts 384.
v. Czyhlarz, Institutionen. 2. Aufl. 245.

Digitized by Google

Dangelmaier, Militär-rechtliche und militärethische Abhandlungen 388.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I, 1. 5. Aufl. 266; vgl. Hülfsbuch.
Diez, Ueber die rechtliche Natur der Grundstückszusammenlegung 370.
Dürrnberger, Der Einfluß sozialistischer Postulate auf das Privatrecht 360.
Eckstein, Die Intervention nach österreichischem Rechte 385.
Eger, Die Nothwendigkeit einer Revision des preuß. Enteignungsgesetzes. 2. Aufl. 379.
Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung 248.
Eisele, Wirkung der Verjährung bei Forderungsrechten 252.
Endemann, F., Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten 257.
Endemann, W., Das deutsche Konkursverfahren 261.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes 373.
Geusel, Sprache des Entwurfs e. B. G. B. 266.
Goldfeld, Streitfragen aus dem Erbrecht 260.
Göppert, Fiducia cum amico 246.
Gruchot's Beiträge XXXVII. 380.
Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph 243.
Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht 382.
Heilfron, Geschichte des gemeinen Privatrechts und Civilprozesses 244.
Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch 253.
Henrici, Aufsatz über den Entwurf e. b. G. B. 266.
Hergenhahn, Das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht II. 376.
Hilse, Handbuch der Straßenbahnkunde II, 3 388.
Höcht, Systematische Darstellung des im rechtsrheinischen Bayern geltenden Jagdrechts 384.
Hohenemser, Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Veräußerung 254.
Hölder, Institutionen. 3. Aufl. 245.
— Aufsatz über den Entwurf e. b. G. B. 265.
— Ueber objektives und subjektives Recht 358.
v. Hollander, Vis major als Schranke der Haftung 256.
Horn, Zur Reform des deutschen Civilprozesses 270.
Horten, Die Personalexekution in Geschichte und Dogma I 246.
Hülfsbuch zum Studium der Pandekten, insbesondere zu Dernburgs Pandekten I 365.
Hussarek v. Heinlein, Die bedingte Eheschließung 259.
Jäger, Eduard, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht 374.
Jäger, Ernst, Die Voraussetzungen des Nachlaßkonkurses 377.
Ihering, Der Besitz 253.
Karlowa, Rechtsgeschichte 244.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts 264.
— Konkursrechtliche Studien 372.
v. Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exceptionen I 248, 251.
Lammasch, Diebstahl und Beleidigung 270.
v. Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts. 2. Aufl. 268.
Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts 270.
— Zwangserziehung in England 387.
Lippmann, Aufsatz über Kompensation 379.
Loenholm, Allgemeiner Theil des Entwurfs e. b. G. B. 379.
Mandry, Aufsätze über den Entwurf e. b. G. B. 265.
Meili, Die neuen Aufgaben der modernen Jurisprudenz 358.
— Das Exekutionsverfahren gegen Gemeinden 365.
Meister, Repetitorium des Pandektenrechts. 2. Aufl. 365.
Merkel, A., Nachruf für Ihering 253.
—, R., Der römisch-rechtliche Begriff der novatio und dessen Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht 372.
Muntsch, Miethe und Pacht, Gesinde- und Arbeitsvertrag nach gemeinem Recht in Bayern 375.
Oertmann, Dinglichkeitsbegriff 252.
— Aufsätze über das Pfandrecht der Bauhandwerker 266, über das Pfandrecht an eigener Schuld 371.
Osterrieth, Die Reform des Urheberrechts 378.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I 261.

Digitized by Google

Paret, Die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Spezifikation 253.
Pernice, Parerga IV 255.
v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen I 366.
Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere 248.
Pflüger, Ueber Reallasten 371.
Puchta, Institutionen. 10. Aufl. 360.
Randa, Das Eigenthumsrecht. 2. Aufl. 381.
Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfes e. b. G.B. I—III 265.
Regelsberger, Pandekten I 361.
Rosin, Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen 370.
Salkowski, Institutionen. 6. Aufl. 245.
v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung ꝛc. 244.
Schelcher, Die Rechtswirkungen der Enteignung 368.
Schmitt, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau 377.
Schuler, Ueber wichtige Rechtsschöpfungen der Neuzeit 360.
Schwarze, Das Wildschadengesetz vom 11. Juli 1891 267.
v. Schwind, Ueber Reallasten 371.
Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation 254.
Steidle, Das Soldatentestament 377.
Stelling, Die preußische Post 268.
Stintzing, Ueber vis major im Zusammenhang mit periculum und Haftung 372.
Strohal, Aufsätze über den Entwurf e. b. G.B. 265.
Thayer, The origine and scope of the american doctrine of constitutional law 387.
Thon, Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte 255.
Trutter, Bonafides im Civilprozesse 271.
Wahrmund, Das Kirchenpatronatrecht und seine Entwickelung in Oesterreich 387.
Wendt, Realverbalkontrakt 255, 256. — Eigenes Verschulden 257.
Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse 261.
Zeitlmann, Ueber den Einfluß der Zwischenurtheile und des bedingten Endurtheils auf nachfolgende Versäumnißurtheile 386.
Zeitschrift für deutschen Civilprozeß XVIII, XIX, 1—3 386.
van Zyl, The judicial practice of the colony of the Cape of Good Hope 385.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

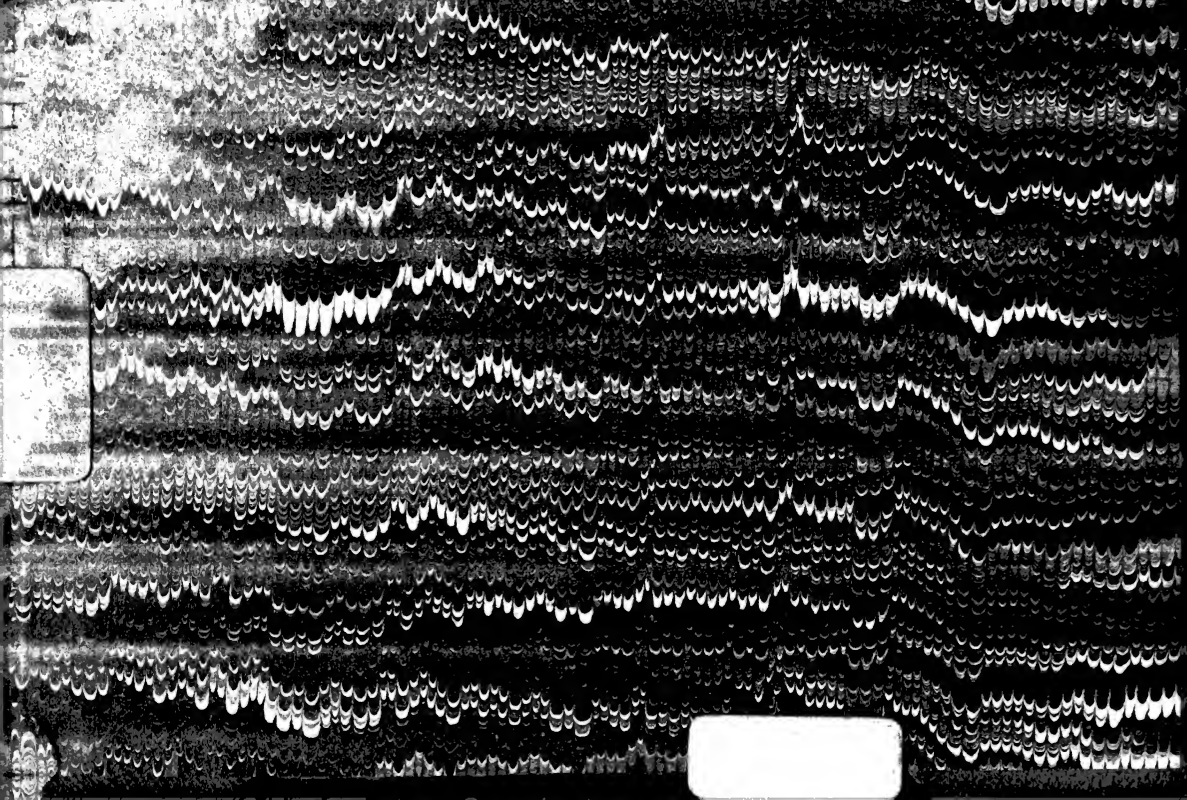
V. Ring,
Richter am Landgericht I Berlin.

Dr. P. Oertmann,
Gerichtsassessor und Privatdozenten an der Universität Berlin.

Achter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1894.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google